

GETÚLIO TARGINO LIMA

**PROPRIEDADE:
CRISE E RECONSTRUÇÃO DE UM PERFIL
CONCEITUAL**

Programa de Estudos Pós-graduados em Direito

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

São Paulo
2006

GETÚLIO TARGINO LIMA

**PROPRIEDADE:
CRISE E RECONSTRUÇÃO DE UM PERFIL
CONCEITUAL**

Programa de Estudos Pós-graduados em Direito

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais, sob a orientação da Professora Doutora Maria Helena Diniz.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

São Paulo
2006

BANCA EXAMINADORA

DEDICATÓRIA

In memoriam

Ao Desembargador **Marcelo Caetano da Costa**, misto de pai e guia na vida, que me animou, orientou e incentivou a dar os primeiros passos na seara do direito das relações sociais;

Ao Dr. **Diogo Braga Filho**, veterano advogado do interior de Minas, que de pai da Dra. **Valéria** se transformou, para mim, em exemplo de advogado, amigo verdadeiro e fervoroso admirador. Sua imagem ainda hoje me renova o ânimo às vezes combalido;

A **Elizabeth Parente** (Beth), cujo dom de cativar e o servir desinteressado me tornaram, como a tantos outros, em mais um portal de saudade e;

A **Antônio, Benedita, Paulo José e Antônio Filho**, meus pais e irmãos que, falecidos, tornaram ainda menor esta já pequena família, mas deixaram o grande legado do sentido de suas vidas.

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora **Maria Helena Diniz**, minha orientadora de tese e não apenas por este fato, que é corriqueiro em sua vida, mas pelo modo paciente e extremamente humilde, respeitoso e consciente como o realizou comigo.

Conheci-a, pelos livros, como se fosse um mito.

Ao me tornar, pela Providência Divina, seu aluno e seu orientando, constatei que os mitos podem se transformar em realidades tocáveis, atingíveis, mesmo pelos pequeninos.

Daí o meu redobrado respeito, minha admiração sincera e minha permanente gratidão por mais este objetivo que o Criador me permitiu alcançar, por seu intermédio.

À minha família, todos dedicados ao direito: minha esposa **Isôlda**, advogada, meus filhos **Sheila**, procuradora federal e professora de direito e **Cristiane e Glauber**, concluintes do curso jurídico, pelo apoio e compreensão.

À Profa. Dra. **Giselda Hironaka**, cujo coração benevolente foi sempre sinônimo de apoio e certeza de estímulo.

E, finalmente, mas abarcando a todos, a Deus, razão primeira e última de tudo.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que o direito de propriedade sofreu e ainda sofre uma crise séria, na conformação de seu perfil conceitual, que deve ser reconstruído, ante as sintomáticas mudanças ocorridas no direito contemporâneo, referentes à sua natureza de direito subjetivo, à despatrimonialização de seu enfoque e à intersubjetividade da relação jurídica que o constitui, e ao novo papel da posse dela derivada, tudo em decorrência da aplicação do princípio da função social.

O procedimento metodológico determinou um levantamento geral do instituto, no tempo e no espaço, da antiguidade à contemporaneidade.

A seguir, uma vista sobre as crises conceituais da propriedade, em face dos textos do Código, a questão da aparência e da substância jurídica da propriedade e o conflito entre a natureza individual e a função social da propriedade.

Em seguida, a função social da propriedade, sua idéia conceitual, a função social dos bens e o papel do direito de propriedade, a visão do princípio no direito estrangeiro, e, finalmente, o instituto nos Códigos Civis brasileiros: o anterior e o vigente.

Perseguindo o objetivo da tese, o capítulo seguinte trata da construção do novo direito de propriedade, para o que foram analisados os temas: direito à propriedade e direito de propriedade, a propriedade como relação intersubjetiva ativa e passiva, a questão dos estatutos proprietários, a definirem ou não o surgimento de várias propriedades e um traçado final de um novo perfil deste direito.

Cuidou-se, em seguida, da posse, mormente a derivada da propriedade, para lhe definir o real papel a ser desempenhado na nova propriedade, passando de mera projeção ou imagem externa do domínio a instrumento essencial para o cumprimento da função social da mesma e, conseqüentemente, elemento de legitimação do título constitutivo deste direito.

No último capítulo, buscou-se o tratamento da propriedade no plano constitucional, com especial relevo ao estudo da pessoa humana, e ao princípio do resguardo de sua dignidade, concluindo-se ser ele o principal fundamento e justificativa da propriedade funcionalizada, intersubjetiva e solidária, que se transporta do mero individualismo ao valor de sua função.

Palavras Chave:

Direito de propriedade – Crise conceitual

Direito de propriedade- Direito civil – Brasil

Propriedade privada – Histórico jurídico

Direito de propriedade - Função social

ABSTRACT

The aim of the present work is to demonstrate that the property right has suffered a serious crisis in its conceptual profile conformation, which has to be rebuilt due to the symptomatic changes occurred in the contemporary law, referred to its subjective right nature, to the absence of property character in its focus and to the intersubjectivity of the juridical relation that it is constituted by, to the new possession role derived from it, all due to the application of the social function principle.

The methodological procedure determined a general survey of the institute, in time and space, from the ancient times to the contemporaneity.

Next, a view about the property conceptual crises, according to the Code texts, the matter of the juridical appearance and substance of the property and the conflict between the individual nature and the social function of the property.

After that, the social function of the property, its conceptual idea, the social function of the possessions and the role of the property right, the view of the principle in the foreign law and, finally, the institute in the Brazilian civil Codes: the previous and the current ones.

Pursuing the aim of the thesis, the following chapter deals with the construction of the new property right, to which were analyzed the following topics: the right to the property and the right of property, the property as an active and passive intersubjective relation, a matter of property statutes, to define or not the appearance of many properties and a final draw of a new profile of this right.

Next, the possession was treated, mainly the one derived from the property, to define the real role to be performed in the new property, going from a mere projection or external image of control to essential instrument for the fulfillment of its social function and, consequently, legitimacy element of constituent title of this right.

In the last chapter, the treatment of the property in the constitutional plan, specially focusing the study of the human being and the principle of preserving the dignity, which is concluded to be the main fundamental and justificative of the functional, intersubjective and supportive property, which travels from the mere individualism to its function.

KEYWORDS:

Property right – Conceptual crisis

Property right – Civil law – Brazil

Private property – Juridical historic

Property right – Social function

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es demostrar que el derecho de propiedad ha sufrido y todavía sufre una seria crisis, en la conformación de su perfil conceptual, el cual debe ser reconstruido, ante las sintomáticas mudanzas ocurridas en el derecho contemporáneo, referentes a su naturaleza de derecho subjetivo, a la despatrimonialización de su enfoque y a la intersubjetividad de la relación jurídica que lo constituye y del nuevo papel de posesión de él derivada, todo a consecuencia de la aplicación del principio de la función social.

El procedimiento metodológico estableció un levantamiento general del instituto, en el tiempo y en el espacio, de la antigüedad a la contemporaneidad.

En seguida, se expuso las crisis conceptuales de la propiedad, ante los textos del Código, la cuestión de la apariencia y la sustancia jurídica de la propiedad y el conflicto entre la naturaleza individual y la función social de la propiedad.

A continuación, se trató de la función social de la propiedad, su idea conceptual, la función social de los bienes y el papel del derecho de propiedad, la visión del principio en el derecho extranjero, y, finalmente, el instituto en los Códigos Civiles brasileños: el anterior y el vigente.

Persiguiendo el objetivo de la tesis, el capítulo siguiente versó sobre la construcción del nuevo derecho de propiedad, por lo cual han sido analizados los temas: derecho a la propiedad y derecho de propiedad, la propiedad como relación intersubjetiva activa y pasiva, la cuestión de los estatutos propietarios, a definir o no el surgimiento de varias propiedades y un trazado final de un nuevo perfil de este derecho.

Se cuidó, en seguida, de la posesión, máximamente la derivada de la propiedad, para definirle el real papel a ser desempeñado en la nueva propiedad, pasando de mera proyección o imagen externa del dominio a instrumento esencial para el cumplimiento de la función social de la misma y, por consiguiente, elemento de legitimación del título constitutivo de este derecho.

En el último capítulo, se buscó el tratamiento de la propiedad en el plan constitucional, con especial relieve al estudio de la persona humana, y al principio del resguardo de su dignidad, concluyéndose ser él el principal fundamento y justificativa de la propiedad funcional, intersubjetiva y solidaria, que se transporta del mero individualismo al valor de su función.

Palabras Clave:

Derecho de propiedad – Crisis conceptual

Derecho de propiedad- Derecho civil – Brasil

Propiedad privada – Histórico jurídico

Derecho de propiedad - Función social

SUMÁRIO

PREFÁCIO	X
 CAPÍTULO I – BREVES NOTAS SOBRE TEMPO E ESPAÇO NO DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA JUSTIFICAÇÃO OU ASSENTO	
1.1 JUSTIFICATIVA DO PROCEDIMENTO	2
1.2 A PROPRIEDADE PRIVADA NO DIREITO ROMANO	3
1.3 A PROPRIEDADE PRIVADA NO DIREITO MEDIEVAL	16
1.4 A PROPRIEDADE PRIVADA NO DIREITO MODERNO	22
1.5 A PROPRIEDADE PRIVADA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO	29
 CAPÍTULO II – PROPRIEDADE: CRISES CONCEITUAIS. CONFLITO ENTRE A NATUREZA BASICAMENTE INDIVIDUAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	
2.1 A INDEFINIÇÃO LEGAL QUANTO AO CONCEITO DO DIREITO DE PROPRIEDADE	40
2.2 SITUAÇÃO DA NOMENCLATURA NÃO UNIFORME QUANTO AO DIREITO DE PROPRIEDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	42
2.3 PROPRIEDADE: APARÊNCIA OU SUBSTÂNCIA JURÍDICA?	47
2.4 A NATUREZA PREPONDERANTEMENTE INDIVIDUAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE	50
2.5 FUNÇÃO SOCIAL INESCAPÁVEL DO DIREITO DE PROPRIEDADE	55
 CAPÍTULO III - A QUESTÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	
3.1 A IDÉIA CONCEITUAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	60

3.2	FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS. O PAPEL DO DIREITO DE PROPRIEDADE	66
3.3	VISÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE NO DIREITO ESTRANGEIRO	70
3.3.1	A posição do direito italiano	70
3.3.2	O entendimento do direito francês	74
3.3.3	O posicionamento do direito alemão.....	79
3.3.4	A concepção do direito espanhol	80
3.4	A SITUAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	83
3.4.1	O tema visto pelo Código Civil anterior	83
3.4.2	A contribuição do Código Civil atual	87

CAPÍTULO IV – CONSTRUINDO A NOVA PROPRIEDADE

4.1	DIREITO À PROPRIEDADE E DIREITO DE PROPRIEDADE	97
4.2	DIREITO DE PROPRIEDADE COMO RELAÇÃO JURÍDICA COMPLEXA COM INTERSUBJETIVIDADE ATIVA E PASSIVA	99
4.3	OS ESTATUTOS PROPRIETÁRIOS: PROPRIEDADE OU PROPRIEDADES?	111
4.4	UM NOVO PERFIL DO DIREITO DE PROPRIEDADE	117

CAPÍTULO V – A DINÂMICA DA NOVA PROPRIEDADE: O PAPEL DA POSSE

5.1	POSSE: UMA IDÉIA CONCEITUAL	127
5.2	POSSE DERIVADA OU NÃO DA PROPRIEDADE.....	135
5.3	POSSE DERIVADA DA PROPRIEDADE: SUA MISSÃO E SIGNIFICADO NA NOVA PROPRIEDADE	143

CAPÍTULO VI – O NOVO DIREITO DE PROPRIEDADE VISTO SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL

6.1	GARANTIA DE SUA EXISTÊNCIA E A OBRIGAÇÃO DO CUMPRIMENTO DE SUA FUNÇÃO SOCIAL	153
6.2	O PRINCÍPIO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	156
6.3	A TUTELA DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DA NOVA PROPRIEDADE E RAZÃO DA EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO DE SUA FUNÇÃO SOCIAL	167
	CONCLUSÃO	171
	REFERÊNCIAS	175

PREFÁCIO

A escolha do tema **PROPRIEDADE: CRISE E RECONSTRUÇÃO DE UM PERFIL CONCEITUAL** não se deu aleatoriamente, mas atendendo a uma vocação que sempre nos empurrou para o estudo dos direitos reais. Optamos por este tema, atizados não apenas pela curiosidade mas certamente desejosos de aprofundar conhecimentos a respeito do direito de propriedade em si, como, também, dos efeitos de seu bom ou mau exercício.

Evidentemente, não nos animou a esperança nem mesmo o desejo de apresentar fórmula pronta e acabada, capaz de responder todos os questionamentos que cercam este milenar instituto, nem muito menos o de conseguir conciliar tantas correntes, que se contrapõem ou andam em linhas paralelas a respeito do direito de propriedade, cada qual com alguma particularidade suficiente para torná-las distintas umas das outras, ainda quando a base geral, o princípio animador dos conceitos seja o mesmo para todas ou quase todas elas.

Não obstante isto, todavia, não se pode passar ao largo desta preciosa lição de Gustavo Tepedino¹, segundo a qual, “ao jurista do tempo presente há que se reservar missão mais nobre do que a de ser simplesmente o notário da história”.

Daí o ingresso neste campo, com a pretensão de não apenas anotar dados, mas buscar a reunião de novos fatores, outras facetas deste instituto, alguns deles já abordados por consagrados autores, ainda que não em seu conjunto integral, outros, objeto de nossa observação pessoal, de modo a ser possível a

¹ TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira*. Coimbra: Coimbra Editora. Universidade de Coimbra. Boletim da Faculdade de Direito.Coimbra, 1999/2000.

formulação de conclusões pertinentes, capazes de estabelecerem o novo desenho do perfil do instituto, sem obscurecimento de sua estrutura essencial nem de sua finalidade funcional.

O direito de propriedade, não se discute, está no centro das grandes questões mundiais e dos seus equacionamentos, sendo, por isto mesmo, o responsável por sistemas políticos e econômicos terem surgido e terem desaparecido, conforme o tratamento que lhe dispensaram nos seus respectivos ordenamentos jurídicos, ao longo dos séculos, com o surgimento de conseqüências importantíssimas, não só na vida dos estados mas também na dos cidadãos.

Já se constatou e sem dúvida está demonstrado que a idéia conceitual do direito de propriedade fundada apenas no texto legal onde o mesmo se desenha acaba se estreitando num espaço apenas de conteúdo substancial sem qualquer preocupação que o aspecto funcional, inerente e inafastável da compreensão real deste importantíssimo instituto do direito, como bem anota Francisco Eduardo Loureiro.²

Na atualidade, acentua-se mais ainda a relevância do assunto, não porque se deva travar batalha grotesca para afirmar a prevalência do capitalismo em face do comunismo, ante a derrocada deste e a supremacia real daquele, ainda quando adaptado, amoldado, recheado de complementos decorrentes das diversas civilizações onde busca se impor mas, exatamente em razão disto, porque se deve estabelecer uma linha difícil e escorregadia que, não aceitando os exageros da propriedade absoluta e da propriedade social, consiga conciliar idéias que resguardem o direito à propriedade como inerente à natureza humana

² LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 45-46.

mas o submeta concomitantemente a estatutos tais que imponham sua redefinição: de instituto autoritário, absoluto e egoísta, em instituição complexa, intersubjetiva e de caráter misto, isto é, com doses de subjetividade e de socialidade, para se usar aqui a expressão tão do gosto de Miguel Reale³.

Trata-se de um trabalho de busca do passado remoto, com passagem pelo passado próximo, cujos frutos devem ser postos ao lado do que hoje existe, a fim de que, devidamente preparados possam, cozidos pelo senso de justiça e de equidade, produzir um alimento sadio, traduzido numa compreensão jurídica do instituto da propriedade em moldes aceitáveis pelo mundo contemporâneo cujas exigências a respeito dele não são para o futuro, mas para o momento atual, cobrando do legislador, do juriconsulto e do julgador especial capacidade de adequação do direito à valoração dos fatos comportamentais sem preconceitos e amarras inamovíveis com o passado.

Não se perdeu, é claro, a noção fundamental de que o direito de propriedade está na própria conformação psíquica do ser humano, que desde o nascer manifesta propensão a ter as coisas para si, com exclusividade, como observa Luís da Cunha Gonçalves⁴

Mas é também indispensável dizer-se, por exemplo, que as chamadas “limitações ao direito de propriedade”, diferentemente do que parecem traduzir, ou seja, cortes excepcionais na figura original do direito de propriedade, de certa maneira desfigurando-o, quanto à sua concepção mais integral, como se fossem algo estranho ao instituto, na verdade são o começo do redesenho, da nova configuração do perfil da propriedade, que atualmente não comporta mais aquele alargamento conceitual e aquela abrangência que lhe traçavam um perfil

³ REALE, Miguel. *O Projeto do novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. São Paulo; Saraiva, 1999, p. 7-8.

⁴ GONÇALVES, Luís da Cunha. *Da propriedade e da posse*. Lisboa: Edições Ática, 1952, p. 9.

muito largo, inchado pelo excessivo egoísmo do instituto. Se isto se justificava, ao menos aparentemente, na sua origem remota ou na sua visão moderna, não se admite mais no seu exercício contemporâneo.

Da mesma maneira, parece imprescindível a compreensão de que, na relação jurídica estabelecida pela propriedade, além do reconhecimento de que a mesma é complexa, deve ficar especificado que ocorre uma intersubjetividade ativa, de modo que as prerrogativas que são facultadas ao sujeito ativo, o proprietário não apenas se impõem ao sujeito passivo, à coletividade, aos demais não proprietários postados numa posição de pura passividade e observação respeitosa quanto aos direitos do proprietário. Na verdade, o que a lei impõe como obrigações do proprietário, no exercício de suas faculdades, são, essencialmente, direitos dos demais sujeitos não proprietários. Daí, em oposição à clássica postura proprietário (sujeito ativo), titular das vantagens e não proprietários (sujeitos passivos) servos das obrigações, a nova formulação da intersubjetividade ativa, reconhecendo-se também aos sujeitos passivos (não proprietários) direitos que se podem opor ao proprietário.

De igual modo, necessária se faz uma revisitação à compreensão jurídica do papel da posse quando originária do direito de propriedade. Parece não ter mais sentido, ao menos assim tão evidente quanto era, a conclusão a que muitos chegam, partindo da teoria objetiva de Jhering de que a posse é praticamente a imagem do domínio, chegando-se ao ponto de se justificar a defesa da posse como defesa reflexa do domínio. Protegia-se a posse com a finalidade última de se proteger o domínio⁵.

⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. 18.ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, p. 20.

Jhering assim resumia esta posição: “A proteção da posse, como exterioridade da propriedade, é um complemento necessário da proteção da propriedade, uma facilidade de prova em favor do proprietário, que necessariamente aproveita também ao não proprietário”⁶.

Ante a consagração cada vez maior da teoria da função social, verdadeiro princípio que hoje atinge não apenas a propriedade, mas a posse, os contratos e os demais institutos de direito privado, é preciso reconhecer que a posse, quando decorrente do direito de propriedade, vista como exercício de poderes sobre a coisa, traduzido em atos possessórios (benfeitorias, melhoramentos), utilização do bem segundo sua finalidade natural e condução desta utilização ao conseguimento de suas finalidades econômicas e sociais (exatamente em razão da interferência da inteligência humana sobre o próprio bem da vida) não mais pode aparecer como apenas uma sua imagem, um seu retrato, uma projeção da propriedade. Na verdade, a posse hoje é grande salvaguarda da propriedade, sua segurança e legitimação de seu título aquisitivo. É por ela que o proprietário se mostra zeloso, compenetrado de suas faculdades e de suas obrigações, dentre as quais avulta a de conduzir a coisa objeto de sua propriedade ao alcance de sua função social, o que se inviabilizaria sem o exercício da posse em seu sentido lato.

Assoma, assim, a posse, ao nível de indispensável instrumento para que se possa efetivar a função social da propriedade.

Sem embargo de tudo isto, resulta indispensável, no estudo da propriedade, a compreensão mais aprofundada da pessoa humana, conforme vista em nossa Constituição, o que leva as conclusões a respeito da propriedade

⁶ JHERING, Rudolf Von. *Posse e interditos possessórios*. Trad. de Adherbal de Carvalho. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1959, p. 59.

a uma necessária reflexão sobre o princípio fundante de todos os princípios constitucionais, que é o respeito à dignidade da pessoa humana.

A análise deste princípio, seu significado abrangente, o modo como foi incrustado na Constituição Federal, tudo contribuirá significativamente para uma compreensão melhor a respeito do direito de propriedade, enquanto instituto de direito civil mas com estrutura e amplitude constitucionais.

Aliás, foi esta busca de devolução ao direito, mormente ao direito de propriedade, de sua repersonalização, de modo a se deixar de lado o sentido oitocentista eminentemente patrimonialista, na dicção contemporânea, dos códigos civis de então e dos que sob sua influência surgiram, como o Código Civil brasileiro de 1916, recolocando a pessoa humana como sujeito, que justifica toda esta reestruturação conceitual dos institutos jurídicos mais relevantes, sobre os quais se assenta a nova teoria jurídica, que nos animou ao enfrentamento desta tarefa.

A metodologia utilizada sugeriu-nos procedimentos dedutivos, próprios da tópica, passando pela dogmática, a nos indicar o uso da *translatio*, passando pela fase *conjectural* e chegando à *definitio*, mas, em razão da provisoriedade dos resultados, atravessando para a zetética, mais investigativa, utilizadora da análise, da crítica e da metacrítica, até se completar a heurística, geradora de conclusões aceitáveis.

Valeram-nos aqui, especialmente e de forma decisiva, sem prejuízo de terem valido em todo o contexto do trabalho, os ensinamentos de Maria Helena Diniz, seja em sala de aula, seja em obras como “As lacunas do direito”, “Conceito de norma jurídica como problema de essência”, “Conflito de normas”, “A ciência jurídica” etc.

A busca bibliográfica estendeu-se dos autores nacionais até aos autores estrangeiros, por óbvio, dada a amplitude e abrangência conceitual do instituto, sem perder de vista, todavia, que o interesse final é o de alcançar e entender, ainda que singelamente, a situação no direito brasileiro, de certa forma partindo do macro para o microcosmo deste assunto instigante e a respeito do qual tantas e tão importantes teorias foram formuladas.

Não foi esquecido o papel da jurisprudência, valendo-se o autor de variados provimentos jurisdicionais, ainda que para, em certas ocasiões, dado o seu posicionamento contrário, fazer deles o ponto de apoio para suas conclusões.

Não almejamos alcançar a unidade conceitual a respeito da propriedade, seja como direito, seja como exercício de faculdades conferidas pelo estatuto proprietário. Não perseguimos um conceito unívoco deste notável instituto.

Ao menos, no momento, e ao menos em face de nossas possibilidades pessoais, consideramos a tarefa impossível de ser concretizada. Todavia isto não impede que, partindo de certas afirmações tidas como substancialmente corretas, no momento atual, mostremos algumas facetas deste instituto jurídico que não foram ainda claramente expostas, façamos as observações que consideramos válidas a respeito de outras (ao menos nas formas como expostas) e, finalmente, com assento nas estruturas estáveis do instituto, se lhe desenhe um novo perfil, pela indicação dos elementos que constituem sua caracterização e pela definição justificadora dos motivos em que se assenta a nova idéia conceitual deste instituto.

Goiânia (Go), 20 de abril de 2006.

GETÚLIO TARGINO LIMA

CAPÍTULO I

BREVES NOTAS SOBRE O TEMPO E O ESPAÇO NO DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA JUSTIFICAÇÃO OU ASSENTO

1.1 JUSTIFICATIVA DO PROCEDIMENTO

Embora sem ter a pretensão de um completo trabalho de resgate da história deste instituto na vida dos povos, o que, aliás, levaria a um completo desvio das finalidades deste trabalho, tal qual idealizado, além do desastre final de uma pretensão assim tão avantajada, torna-se necessária, a nosso ver, uma revisitação, da antiguidade ao momento atual, à propriedade, seja como instituição, seja como prática de um princípio, como relembra Norberto Bobbio¹.

Também não se deseja pôr em dúvida a anterioridade da posse, visto que esta se traduzia, de pronto, na apropriação do homem quanto aos bens que a própria natureza lhe apresentava, como resultado de algo inato, de um sentimento que lhe indicava este comportamento, nada importando que, mais adiante, o destinatário de tal desfrute não fosse o homem, isoladamente, mas o grupo, visto como família, clã ou tribo. Também mostra-se irrelevante que o bem da vida não mais servisse ao homem ou ao grupo, em seu estado natural, mas já modificado, trabalhado, para atender a um objetivo mais sofisticado do homem. Assim, o galho ou o tronco se transformou numa borduna ou num arco ou numa canoa e a pedra que passou a ser uma ponta de flecha ou uma faca, de acordo com a necessidade pessoal ou social mais complexa, bem fixando o resultado da aplicação dos conhecimentos e habilidades do homem em adaptar a natureza às suas necessidades, como legítimo exercício de atividade cultural, conforme a lição sempre atual, na sua singeleza, de J. Flóscolo da Nóbrega².

De qualquer forma, todavia, esta relação entre os homens e os bens era fática, indiscutivelmente fática, material, sem caráter de juridicidade e

¹ BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de política*. 6. ed., Brasília: Imprensa Oficial, Edit. UNB, 2000 p. 1030.

² NÓBREGA, Flóscolo da. *Introdução ao estudo do direito*. 4 ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1968, p. 18-20.

obviamente de propriedade, como hoje entendida, sem embargo de denunciar claramente a inata inclinação e a expressa necessidade que o ser humano sempre sentiu de ter as coisas para si, com exclusividade, como uma verdadeira condição de sua auto-afirmação e felicidade.

Ocorre que, criação humana, a propriedade acompanha ou motiva as transformações da civilização, assumindo, assim, diversas mudanças de características ou de compreensão conceitual, as quais não são cumulativas, como lembra oportunamente Maria Cristina Cereser Pezzella ³, de tal arte que a compreensão de seu perfil contemporâneo exige uma busca de sua história.

Há que se reconhecer que na Grécia antiga já ocorria a divisão de terras, atribuindo-se quinhões entre os grupos familiares, formando assim, embora de modo ainda impreciso, uma idéia de propriedade familiar, que somente veio a se individualizar no início do séc. VI a.C.⁴

Tendo sido, porém, fora de qualquer dúvida, o direito romano o que mais prodigamente derramou seus exemplos e influências no direito ocidental, buscamos primeiramente nele este bosquejo histórico a que nos propusemos no primeiro capítulo deste trabalho, perpassando pelo direito medieval até alcançarmos o direito moderno e o direito contemporâneo.

1.2 A PROPRIEDADE PRIVADA NO DIREITO ROMANO

³PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 15.

⁴ GASSEN, Valcir. A natureza histórica da instituição do direito de propriedade. In: WOLKMER, Antônio Carlos. (Org) *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 172.

Quando se diz direito romano, com a direta pretensão de se estar falando de um sistema jurídico, um ordenamento jurídico produzido por Roma, tem-se que levar em conta o período de quase um milênio de evolução do Império romano, passando por diversas épocas e costumes, de modo que os estatutos jurídicos romanos foram assistemáticos, primeiro porque sequer tinham qualquer preocupação neste sentido e também para poderem acompanhar as variadas situações e conseqüentes múltiplas concepções, com a criação de variados institutos que se foram somando ao sistema geral romano. Outro importante aspecto introdutório ao estudo da propriedade no direito romano é o reconhecimento de que, a divisão do império romano em períodos obedece a fatos históricos definidos, como a monarquia, a república, o principado e o império absoluto, enquanto que a história do direito romano não obedece a uma rigorosa cronologia de fatos, mas, às vezes, a interesses até didáticos, para melhor estudo e compreensão de certos acontecimentos e instituições presentes neste ou naquele momento da história do direito entre os romanos, até porque, por exemplo, a denominação “principado” para o período que sucedeu a república, decorreu do fato de Otávio Augusto, ao mesmo tempo em que mantinha diversas instituições republicanas como o senado, os comícios e os magistrados, ter-se auto-proclamado “*Princeps senatus*.”⁵ Há inclusive aqueles que, como RICCOBONO⁶, chegaram a entender e afirmar a criação dupla do direito pelos romanos: uma, talvez mais rudimentar, baseada na Lei das XII Tábuas, evidentemente mais restrita e outra, mais universal, a partir do séc. VI d.C.

No consenso geral, a formação e o desenvolvimento da estrutura político-social de Roma podem ser divididos em quatro períodos: a Monarquia, a República, o Principado e o Império absoluto.

⁵ DI PIETRO, Alfredo. *Derecho privado romano*. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1996, p. 11.

⁶ RICCOBONO, Salvatore. *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1949, p. 14.

Obviamente, ante a escassez de informações sobre este primeiro período, os pesquisadores acabam recorrendo a escritos de historiadores romanos de séculos bem posteriores, a exemplo de Tito Lívio. É claro que tais historiadores, à míngua de informações mais concretas, foram buscar os dados para composição de seu trabalho nos fragmentos mais primitivos da tradição romana. Neste período, duas instituições despontavam importantes e estruturais: as famílias, que se integravam em grupos mais amplos, as *gens* e, na família, uma verdadeira instituição denominada *pater familias*, este com poder absoluto, inclusive de vida e de morte. A sociedade se dividia em classes, a saber, patrícios, clientes, plebeus escravos e libertos.

A república surgiu da insatisfação dos patrícios, que viram sua importância diminuída diante de uma única família gentílica, a do *rex*. Em face disso criou-se a república, com a intenção clara de formar um ordenamento jurídico/político mais condizente com a participação mais ampla dos cidadãos e o enfrentamento da crise cada vez mais grave no relacionamento patrício/plebeu.⁷

Aliás, este relacionamento foi difícil e demorado, posto que não se reduzia a simples razões econômicas. Os plebeus tinham consciência de seu crescimento numérico e do isolamento que lhes era imposto pelos patrícios, razão pela qual criaram uma força armada com o intuito separatista. Só mais tarde a plebe decidiu se reunir a Roma, com a garantia da existência de assembléias próprias e o reconhecimento de um magistrado plebeu.

Neste período, importante evento foi a Lei das XII Tábuas (anos 451 a 450 a.C.) A seguir, outras conquistas foram registradas, como a *Lex Canuleia de*

⁷ MOMMSEN, T. *Compendio del derecho publico romano*. Buenos Aires: Editorial Impulso, 1942, p. 233-235.

Conúbio (reconhecimento do casamento entre patrícios e plebeus), a *Lex Ogulnia* (que permitia o acesso dos plebeus aos colégios pontificais), e, mais adiante, o reconhecimento por parte dos patrícios da equiparação dos plebiscitos às leis comiciais.

Obviamente, sob a República, Roma expandiu consideravelmente o seu domínio territorial, mas este fato representou enorme desafio qual seja o de assegurar a unidade das regiões conquistadas, considerando-se a língua, os costumes e as religiões dos povos conquistados.

Por outro lado, já no período final da República, as reformas agrárias propostas pelos tribunos Tibério e Cayo Graco, com a visível intenção de transformações internas, talvez por não atingirem todo o raio de ação de suas propostas, acabaram por desencadear guerras civis, provocando afinal uma mudança institucional, com a criação do Principado.⁸

Foi aí que se manifestou a habilidade político/militar de Otávio Augusto, que abandonou o triunvirato que integrava e atraiu para sua pessoa a missão restauradora das instituições republicanas, bastante abaladas pelas guerras internas.

Agindo com astúcia política manteve instituições tipicamente republicanas como o Senado, os comícios e os magistrados, mas centralizou em sua pessoa a figura do tutor da República, inscrevendo-se no álbum senatorial como *Princeps Senatus*, dizendo respeitar as instituições republicanas (à

⁸ KUNKEL, Wolfgang. *Historia del derecho romano*, 4ª ed. alemã, tradução de Joan Miquel, 9ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 53.

exceção da vitaliciedade de seus poderes), como bem assinala, inclusive com mais exemplos, DI PIETRO⁹.

No século III d.C. já não havia mais a tão decantada ordem republicana. As magistraturas e o senado, ainda existentes, não eram nem de longe aquilo que representaram anteriormente, perdendo importância política e passando a ter função honorífica.

O centro do poder deslocou-se da península itálica e até mesmo de Roma mais para metade oriental do Império de modo que, na verdade, o poderio militar era que sustentava a burocracia estatal, de modo a que o regime se assemelhasse muito mais a uma monarquia absoluta.

O caráter expansionista do Império romano não tinha mais como se manifestar, ante a inexistência de novos povos a serem conquistados. Daí a sua exaustão. Assim, a manutenção da pesada máquina burocrática e de um exército grandemente constituído de mercenários indicava um único rumo: o aumento da carga de tributos.

Foi este quadro de certa decadência e anarquia que favoreceu Diocleciano, em 284 d.C. a instituir um governo fortemente centralizado e a se autodenominar *Imperator*, ao invés de *Princeps* como assinala KUNKEL¹⁰.

Neste período, algumas instituições ressurgiam, através de outras que lhes eram análogas. Desta forma, por exemplo, o *consilium Principis* reapareceu no império absoluto através do *sacrum consistorium*, formado por altos funcionários da alta administração central.

⁹ DI PIETRO, Alfredo. *Derecho privado romano*, cit., p.11.

¹⁰ KUNKEL, Wolfgang. *Historia...*, cit., p. 142.

Embora para autores da importância de ORESTANO, o estudo do direito romano, inicialmente devesse se restringir à compilação levada a efeito por Justiniano, o *Corpus Juris Civilis*, como observa Maria Cristina Cereser Pezzella¹¹, na verdade, hoje, considera-se a experiência jurídica romana em seu curso completo, desde a fundação de Roma até a morte de Justiniano, ocorrida em 565 d.C.

Esta parece ser a melhor orientação, considerando-se exatamente que não se pode falar de um direito romano monolítico, unívoco, mas de um direito romano com variações, alternâncias e até retrocessos, mas que, como um todo, acabou por exercer enorme influência, mesmo após a perda de significado do Império Romano, ante o surgimento de novos povos conquistadores.

Naturalmente, para uma compreensão aceitável do direito romano e seus institutos, mormente a propriedade, importante se faz não apenas um conhecimento didático das fases políticas da vida daquele grande império, mas, e até preponderantemente, a divisão do próprio direito, conforme a tradicional classificação, em período arcaico, período helenístico, período clássico e período burocrático, conforme revela com notável transparência e clareza Maria Cristina Cereser Pezzella¹²

Importante estabelecer e deixar bem marcadas, informações ainda que rápidas, a respeito de dados característicos de cada um destes períodos, para, então, se poder compreender melhor o entendimento a respeito da propriedade privada entre os romanos.

¹¹ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*, cit., p. 53-54.

¹² PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*, cit, p. 54.

O período arcaico assim se chamou porque as instituições jurídicas típicas do Estado romano ainda emergiam, aos poucos, não estando completamente formadas.

CHURRUCÁ¹³ revela que se pode saber de uma primitiva situação de mistura entre *fas* e *ius*, posteriormente desfeita, ante o caráter coativo da norma jurídica. Com efeito, tudo que não ofendia a ordem divina ou aos deuses estava no campo do *fas*, ao passo que o *ius* cuidava de tudo que não violasse a convivência humana. Também, neste período, viu-se a evidência do caráter formalista do direito romano, de modo que o negócio jurídico, para ter efeito, tinha de vir devidamente acompanhado de rituais, gestos, palavras ou solenidades. A este momento seguiu-se o chamado período formulário, no qual as partes contendoras substituíam o conteúdo concreto da vontade por fórmulas pré-ordenadas.

Embora não se possa desconhecer a presença do *ius civile*, o conhecimento que dele se tem é sempre indireto, substituído pelos costumes.

Já o período helenístico se caracteriza não só pela consagração sob o aspecto político, do poderio militar romano como pela influência helenística em Roma, aproximadamente nos últimos séculos da República.

Convém esclarecer que o helenismo de que se fala não é a influência da cultura clássica grega nos costumes e formas jurídicas romanas, mas a cultura grega disseminada entre os não gregos, com maior evidência para os orientais.¹⁴

¹³ CHURRUCÁ, Juan de. *Introducción histórica al derecho romano*. 4. ed. Bilbao: Universidad de Deusto, 1987, p. 39.

¹⁴ SOUZA, Raquel de. O direito grego antigo. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 79-84

Não se pode negar que a ciência jurídica romana, à época, ainda era jovem, mas já estava desenvolvida o suficiente para poder absorver o vigor do pensamento grego, sem perder a sua própria identidade. Em outras palavras, não se tratou de uma simples adição do pensamento grego ao pensamento jurídico romano, mas o trazer à realidade das potencialidades da ciência jurídica romana, pelo vigor do pensamento grego, produzindo uma unidade orgânica.

No século II a.C. produziu-se um estudo mais aprofundado do Direito e, embora se tenha que reconhecer que não existia uma ciência jurídica grega, que viesse somar à ciência jurídica romana, a retórica grega foi de grandíssima utilidade para o direito romano, mormente nas questões processuais¹⁵. O processo dialético grego foi de inestimável valia para a jurisprudência romana. E assim o foi porque, embora não se possa dizer que os gregos tenham estimulado a profissão do advogado ou dado o devido relevo ao papel efetivo do magistrado, uma vez que a ele se cometiam também tarefas bem distintas daquelas que ao julgador se endereçam, o certo é que, com os seus tribunais, compostos de cidadãos e com o estímulo a que cada cidadão sustentasse perante as assembleias julgadoras as suas próprias razões e os fundamentos do seu pretense interesse juridicamente protegido, acabaram por dar o devido valor ao argumento, às razões, aos fundamentos que cada parte pudesse apresentar, em prol de seu interesse jurídico, valorizando assim a dialética, a lógica jurídica. E isto não passou despercebido aos argutos romanos, amainando o rigor das formas e o terrível apego às solenidades, mormente no campo do direito processual.

A este período, também chamado de pré-clássico, seguiu o período clássico, no qual, embora não se registrassem grandes modificações de ordem

¹⁵ SOUZA, Raquel de. O direito grego antigo. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.) *Fundamentos de história do direito*, cit., p. 79-84.

econômica, com o surgimento do Principado, gerou, todavia, profundas alterações no direito. As funções do Senado foram reduzidas e a ele se conferiu, esporadicamente, papel judicante. As assembleias populares caíram de prestígio e não mais poderiam exercitar papel de tribunais em caso de *provocatio*, poder que ficou restrito ao Príncipe, o qual se aconselhava, em situações mais graves, com um conselho de amigos, que, embora jamais institucionalizado, até porque variavam muito os seus integrantes, ficou conhecido como *consilium Principis*. A jurisprudência do principado foi considerada como clássica, sendo mantidos os pretores, com funções na área civil (*praetor urbanus* e *praetor peregrinus*) e surgiram novos, com atuação em situações excepcionais cíveis e no campo penal¹⁶.

Interessante a observação de que os pareceres dos jurisconsultos alcançaram grande relevância, principalmente na época de Adriano, ao ponto de deverem ser aplicados pelos juízes como se fossem verdadeiras leis.

Finalmente, no período burocrático, deu-se o declínio da jurisprudência em comparação com o período clássico. As *responsa*, dos jurisconsultos, foram substituídas pelas constituições imperiais e os trabalhos dos professores nas escolas de direito passaram a ser vistos apenas como opiniões, sem a chancela do Estado, empenhado na formação de novos jurisconsultos, mas para ocuparem as funções burocráticas com profissionais mais bem qualificados.

Esta opção pela minimização da jurisprudência talvez decorra da vontade de tornar estável o direito, o que seria muito difícil com as oscilações da jurisprudência. O que não foi antevisto, todavia, naquela período, no qual se substituiu a jurisprudência pelos códigos, a busca da conversão do direito em

¹⁶ SCHULZ, F. *History of roman legal science* London: Oxford University Press, 1953, p. 11-14.

estatutos legais foi que isto levaria fatalmente, como levou, à petrificação do direito romano, antes flexível, geralmente adaptável às inovações que surgiam.

Não se negue o mérito da simplificação do direito, nem se esconda que se procurou e se alcançou uma certa padronização do mesmo. O período se encerra com a grande compilação de Justiniano, denominada posteriormente *Corpus Iuris Justiniani* ou *Corpus Iuris Civilis*. E ninguém há de deixar de reconhecer a importância da codificação justinianéia, seja para o conhecimento das disposições jurídicas reinantes à época, seja para um estudo histórico do direito romano, pois o *Corpus Iuris Civilis* era, na verdade, uma imensa compilação.

Ao contrário do que alguns pensam, porém, esta natureza de compilação não lhe desmereceu o valor e os préstimos demonstrados, pois, sendo assim, sua abrangência era muito grande, conseguindo abrigar em seu corpo tendências, costumes e disposições legais diversificadas, o que permitiu um conhecimento mais facilitado do pensamento jurídico romano.

Feitas estas rápidas digressões, é possível perpassar os olhos pelo instituto da propriedade privada no direito romano, com a inicial observação de que o Direito romano não possuía na verdade um conceito abstrato de propriedade, uma definição deste instituto. O que atribuímos neste sentido ao Direito romano são definições elaboradas por alguns romanistas, não sendo, pois, obra de arquitetura do Direito romano a afirmação de que a propriedade é um direito absoluto, ilimitado. MIQUEL levanta o véu sobre o assunto, denunciando que cada época, com assento apenas em retalhos, em frase soltas do direito romano, confeccionou a definição de propriedade que lhe pareceu mais conveniente:

“... en realidad, cada época fue capaz de destilar de las fuentes romanas el concepto de propiedad que más le convenía, que resultaba más adecuado a sus concepciones económico-sociales. Partiendo de

frases sueltas, auténticos retazos de fuentes romanas, cada época confeccionó sus definiciones de propiedad, para cubrirlas con el manto de la autoridad del Derecho romano.”¹⁷

De pronto deve se estabelecer a necessária compreensão correta de famosa definição atribuída ao direito romano, pela qual se deduzia ter o proprietário direitos ilimitados sobre o bem objeto de sua propriedade, podendo, inclusive, destruí-lo.

Também é comum a citação de conhecida definição de propriedade, com o intuito de evidenciar os poderes ilimitados do proprietário, como se vê deste texto: “*Ius utendi et abutendi, quatenus iuris ratio patitur.*”¹⁸

No entanto, a conclusão tirada, decorre de inaceitável confusão quanto ao sentido das palavras *uti* e *abuti*, que eram utilizadas em Roma para a qualificação das coisas. As *res quae in abusu consistunt* são exatamente aquelas que, para terem o seu uso adequado, deviam ser consumidas. São, portanto, as coisas consumíveis.

A conclusão de Betti é perfeita a este respeito:

“Infine la definizione che caratterizza la proprietà come “*ius utendi et abutendi res sua*” è desunta de um texto –D. 5, 3, 25, 11- dove si esonerano da responsabilità i possessori di buona fede “*si quid dilapidaverunt, perdiderunt, dun re sua abuti putant*: “nella quale formula *abuti*” non há significato di abusare, ma di consumare.”¹⁹.

¹⁷ MIQUEL, Joan. *Derecho privado romano*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1992, p. 165. Tradução livre: “... na realidade, cada época foi capaz de destilar das fontes romanas o conceito de direito de propriedade que mais lhe convinha, que resultava mais adequado às suas concepções econômico-sociais. Partindo de frases soltas, auténticos desafios de fontes romanas, cada época elaborou suas definições de propriedade, para cobri-las com o manto da autoridade do Direito romano.”

¹⁸ MIQUEL, Joan. *Derecho privado romano*, cit., p. 167.

Tradução livre: “O direito de usar e abusar da coisa até onde o permita a razão do direito.”

¹⁹ BETTI, Emilio. *Instituzioni di diritto romano*, apud PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 126-7

Tradução livre: “Afinal a definição que caracteriza a propriedade como “*ius utendi et abutendi res sua*” é decorrente de um texto – D. 5, 3, 25, 11 – de onde se exoneram da responsabilidade os possuidores de boa-fé “*si quid dilapidaverunt, perdiderunt, dun re sua abuti putant*” não tem o significado de abusar mas de consumir.”

Aliás, idéia de propriedade, com certa aproximação daquilo que hoje temos, viu-se no período pós-clássico do direito romano, embora não se possa afirmar a existência de um conceito de propriedade nos textos da época. A conhecida expressão *proprietas est jus utendi, fruendi et abutendi*,²⁰ na verdade, só aparece na menção dos autores do séc. XIV em diante.

De outra parte, mesmo considerando que a propriedade possa ser vista como uma espécie de domínio amplo sobre as coisas, e ainda que se considere que a propriedade sofreu profundas transformações, desde sua antiga concepção, mais de um poder soberano, quase absoluto até a concepção justinianéia, permeada pelo sentido social, indiscutível que este instituto tenha sofrido limitações jurídicas as mais variadas, seja no poder do senhor sobre o escravo, seja na propriedade imobiliária, que sofreu limitações pelo direito de vizinhança e pelo direito público.

Vale a pena transcrever J. Cretella Júnior,²¹ que de maneira direta e quase singela, mas objetiva demonstra as diversas limitações que a propriedade veio a sofrer, a partir da eliminação da diferença existente entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, esclarecendo que, no período final do direito romano, desapareceram os diversos tipos de propriedades, de modo que não se falava mais em propriedades, mas na propriedade, verbis:

“O direito de propriedade romano dos primeiros tempos, absoluto, em princípio, permitindo tudo ao proprietário, relativamente aos seus bens, vai com o decorrer dos tempos sofrendo limitações legais, inspiradas em motivos de ordem pública, privada, ética, higiênica ou prática.

Pode-se usar e fruir da propriedade. Pode-se, inclusive, exercer o *jus abutendi*, mas desde que isto não ofereça danos à propriedade ou aos direitos de outrem. Respeitam-se os direitos de vizinhança.

²⁰ Tradução livre: A propriedade é o direito de usar, gozar e abusar.”

²¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 21. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 173-4.

No próprio terreno, pode o proprietário fazer o que quiser, desde que não moleste o direito alheio (“*In suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immitat*”). Entretanto, mesmo no próprio terreno, o *dominus* tem algumas limitações, sendo, por exemplo, obrigado a deixar espaços livres de cinco pés se se tratar de prédios rústicos (“*limes*”) ou urbanos (“*ambitus*”). Nesses espaços, não pode haver construções. Em matéria de águas, também há limitações da propriedade.

Quanto às árvores e frutos, também se nota limitação no direito de propriedade. O proprietário nada pode fazer contra árvores de terrenos limítrofes, que lhe invadem a propriedade, caso tenham mais de quinze pés de altura. Tem de suportá-las. Árvores de menos de quinze pés, cujos ramos passem para seu terreno, podem ser aparadas, dentro do razoável, desde que não afete a árvore do vizinho o que daria origem a *actio de arboribus succisis*.

Os frutos que caem da propriedade vizinha não pertencem ao proprietário das terras em que caíram, mas continuam a pertencer ao *dominus* da árvore, que pode apanhá-los, um dia sim, outro não, protegido por uma ordem do pretor (“*interdictum de glande legenda*”).”

Como observado alhures, o longo tempo de formação, aplicação e permanência do direito romano no mundo de então, produziu uma justificada alteração conceitual ou de elementos constitutivos dos diversos institutos de direito, inclusive e relevantemente a propriedade, cuja amplitude ou restrição de suas respectivas faculdades decorria naturalmente da fase pela qual passava o colossal Império Romano no contexto do mundo então conhecido, incluindo-se neste complexo as complicações de ordem político-econômica enfrentadas pelo sistema romano.

De qualquer maneira, todavia, mormente com a influência de idéias cristãs, o direito romano e especialmente, nele, o direito de propriedade, foram experimentando abrandamentos sensíveis, seja pela consideração cada vez maior dos povos conquistados, pela ampliação da cidadania romana, seja pela natural tendência cristã de consideração da pessoa humana.

Nota-se, no direito romano, assim, uma passagem do individual para o social, da época antiga para a clássica e justinianéia, ocorrendo nesta a unificação da propriedade, que se completou no direito bizantino, dando-se, aí, também, o desaparecimento das diferenças entre as *res Mancipi* e as *res nec Mancipi*, conforme alude José Cretella Júnior.²²

1.3 A PROPRIEDADE PRIVADA NO DIREITO MEDIEVAL

Na Idade Média, que se convencionou ser o período que vai da conquista de Roma até a queda de Constantinopla, a qual, historicamente, era a sede do Império Romano do Oriente, portanto, de 476 a 1453 d.C.,²³ como sabido, a predominância do feudalismo proporcionou traços marcantes de descaracterização da propriedade, em face dos moldes romanos. Realmente, mesmo numa observação menos aprofundada, sob o feudalismo, a propriedade perdeu as características que arduamente ganhara no direito romano.

Na verdade, instituía-se, de fato e de direito, a bipartição do domínio em domínio direto e domínio útil. O domínio direto era o do proprietário, muitas vezes o senhor feudal e outras vezes o próprio Rei. Assim, o titular do domínio direto cedia parte dele a um vassalo, para que o mesmo pudesse explorar da forma que lhe parecesse mais correta, em troca de dias de trabalho, homens, armas, alimentos etc. Se a cessão se dava a partir do Rei, este o fazia em favor do senhor feudal e este, por sua vez, o fazia também para com terceiros, formando-se assim uma longa cadeia, que partia do Soberano e podia chegar até ao mais ínfimo servo.

²² CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de direito...cit.*, p. 173-4

²³ AMARAL, Francisco: *Direito Civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.109

Este fato, ainda que tivesse sido único, o que não é verdade, seria suficiente para demonstrar que o caráter individual, a natureza absoluta e a índole privada e exclusiva do direito de propriedade, aspectos tão preciosos ao pensamento do direito romano quanto à propriedade foram postos de lado, gradual e severamente, pelo direito feudal.

É verdade que o sistema feudal não foi um fenômeno social, econômico e jurídico erigido sobre bases sólidas, pré-constituídas e naturalmente conducentes ao seu surgimento, sua solidificação e permanência, senão uma consequência de fatores diversos que exigiam, ainda que em moldes não tão destacados, mas até de certa forma fluidos, solução para um momento que surgia, sob a égide da transitoriedade, como que a servir de passagem, de ponte a algo mais consistente.

Observa Valter Vieira do Nascimento²⁴ que o feudalismo foi uma obra de transição, em razão mesmo das características próprias da Idade Média e dos acontecimentos que a marcaram, tomados todos eles e cada um, com o significado e a repercussão de que vinham ornados, assim:

“A Idade Média caracterizou-se por três importantes acontecimentos, estreitamente relacionados entre si: primeiro, o declínio do Império Romano; segundo, a ascensão dos invasores germânicos; terceiro, a gradativa cristianização de tais invasores, de que resultou crescente influência da Igreja. Esta, ao se afirmar como poder espiritual, também não se fez menos atuante nos demais setores dessa fase”.

Relativamente a esta significativa participação da Igreja no poder temporal, há de ser lembrado que, ao lado da tremenda força espiritual que a mesma detinha, e que não se podia ter como irrelevante, dada a inclinação

²⁴ NASCIMENTO, Valter Vieira do. *Lições de história do direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 135.

espiritual das pessoas, a Igreja era fabulosamente rica, da forma como se expressava a riqueza, na época: na propriedade privada de terras.

A natureza jurídica do regime feudal é oscilante. Na verdade, nele se encontrava um conjunto de instituições, criando e regulando obrigações de obediência e serviço, com especial relevância para o de natureza militar, da parte de um homem livre, mas na condição de vassalo, para com outro homem também livre, mas na superior condição de senhor, além de obrigações de proteção e sustento da parte do senhor para com o vassalo, como se vê da observação de Valter Vieira do Nascimento, citando François Luis Ganshof ²⁵ .

Mas, como não podia deixar de ser, o feudo decorria de um contrato que envolvia um direito sobre a propriedade territorial, posto que ao vassalo correspondia, naturalmente, o direito de usar o solo, por exemplo, com o plantio ou a criação de animais, embora o pagamento devido ao senhor feudal, inclusive com a prestação de serviço militar.

Não se questiona a semelhança entre esta situação do vassalo, no que tange ao poder de usufruir do solo, e a do usufrutuário, mas, como acentua ainda François Luis Ganshof,²⁶ numa segunda fase, ocorreu que o vassalo passou desta simples situação de usufrutuário para uma outra, de qualificação jurídica indefinida.

A nosso ver, guardadas as devidas proporções, estava presente o direito de superfície, adotado pelo nosso atual Código Civil, nos arts 1369 a 1372.

²⁵ GANSHOF, François Luis. *Que é o feudalismo ?* 3. ed. Lisboa, apud NASCIMENTO, Valter Vieira do. *Lições...* cit., p. 136.

²⁶ GANSHOF, François Luis. *Que é o feudalismo?* 3. ed. Lisboa, apud NASCIMENTO, Valter Vieira do. *Lições...* cit., p. 136

Em razão destas características, a propriedade, no feudalismo, era um símbolo político de poder. Não tinha, necessariamente, que significar a grandeza do patrimônio do senhor feudal. O que se estampava com maior força e brilho era o seu poder político, naturalmente considerando-se o território de sua dominação. Nos limites territoriais de suas terras ele era o senhor, o governante, o legislador e o juiz. A insignificante liberdade de que desfrutava o vassalo, no cultivo do pequeno trecho que lhe era delimitado, não afastava a servidão do trabalho direto para o senhor feudal, ou o pagamento de impostos pesados, ou a entrega de alimentos. O chamado domínio eminente, que os senhores feudais ostentavam, era sustentado pelo domínio útil, realizado pelos vassalos, à medida em que cultivavam o solo. E, diga-se de passagem, tal cultivo era absolutamente importante e indispensável, pois representava a sobrevivência de todos.

Como afirma Luciano de Souza Godoy²⁷, este modelo de transmissão de direitos, na verdade, serviu de base e de estrutura para o instituto da enfiteuse, como consagrado no Código Civil brasileiro de 1916.

Realmente, dispunha o Código Civil de 1916:

“Art. 678. Dá-se a enfiteuse, aforamento, ou empraçamento, quando, por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, parando a pessoa que o adquire, e assim se torna enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável.

Art. 679. O contrato de enfiteuse é perpétuo. A enfiteuse por tempo limitado considera-se arrendamento, e como tal se rege.”

Deve ficar claro, todavia, que a propriedade feudal não se estabelecia apenas pelo modelo do feudo, do senhor feudal retendo o domínio eminente e cedendo o domínio útil de partes do território do feudo para o vassalo, mediante

²⁷ GODOY, Luciano de Souza. *Direito agrário constitucional: o regime da propriedade*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 21

o cumprimento de obrigações por parte deste, de seu cultivo, pagamento de taxas, fidelidade ao senhor feudal e prestação de serviços, inclusive militares.

Era possível o uso de outras formas jurídicas para aquisição da propriedade, ou seja, podia o vassalo dispor de outras terras, além e fora daquelas que lhes tinham sido destinadas pelo seu senhor. LOS MOZOS apresenta, inclusive, além do feudo, outros tipos de propriedade na Idade Média, como as propriedades eclesiásticas, propriedades municipais, propriedades de universidades, propriedade alodial etc.²⁸

Como se pode facilmente notar, neste contexto de diversas formas de apropriação dos bens, a figura do domínio útil aparece como grande definidor da mentalidade proprietária da época. Por ela nota-se a impossibilidade de um vínculo abstrato, puro, entre o homem e as coisas, posto que traduzia a efetividade da utilização do bem, uma verdadeira mentalidade: a mentalidade do primado do efetivo.²⁹

Compreenda-se que, na Idade Média, ocorreu um fenômeno irretorquível que foi a recepção do direito romano. Por ele se deu apenas uma adaptação do secular direito romano aos povos que surgiram depois da fragmentação do imenso império. Não significava, pura e simplesmente a aplicação do Direito Romano aos povos conquistados, mas uma incontestável influência de seus princípios, uma vez que, fragmentado o grande império, nos planos político e econômico, ocorreu o aparecimento de nações com fisionomias próprias, por força dos costumes próprios, línguas, ascendência racial etc.

²⁸ LOS MOZOS, José Luis de. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*. Madrid: Edersa, 1993, p. 23.

²⁹ GROSSI, Paolo. Proprietà – diritto intermedio, verbete in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, 1988, p. 241.

Com esta recepção, deu-se uma profunda e pertinente transformação no pensamento jurídico europeu, no dizer de José Carlos de Matos Peixoto³⁰, tendo por motivo preponderante a reconhecida universalidade dos princípios do direito romano, sem se falar da sua quase perfeita adaptabilidade à vida social dos povos que o adotaram, no que é acompanhado por Sílvio A B. Meira³¹

Ressalte-se, por fim, que no direito medieval, o Estado não era ou não podia ser auto-sustentável, de modo que os reis estabeleciam estas concessões de terras aos senhores feudais, para plantio, mediante, naturalmente, juramento de fidelidade e os senhores feudais, por sua vez, passavam tais direitos, mitigados, aos vassallos, mediante juramento solene de obediência e fidelidade, de modo que não se podia falar, propriamente, em liberdade, uma vez que a produção das riquezas era gerada por estas relações de dependência, tendo razão BARCELONA³², ao dizer: “Questa organizzazione della proprietà e della attività artigianale faceva sì che nella società feudale la produzione, tanto agrícola che urbana, fosse essenzialmente fondata sul lavoro coatto.”³³

Na verdade, a propriedade durante a Idade Média não correspondia a uma predeterminação, a um arquétipo jurídico previamente estabelecido, mas partia do fato para o direito, isto é, tomava como base as relações efetivas de dominação sobre as coisas. Significava dizer que as relações de dominação sobre as coisas não obedeciam regras previamente determinadas, mas elas é que haveriam de influenciar na posterior criação de regras aceitas pela sociedade. Assim, o apossamento e a utilização das coisas, como fato, é que levavam a sua

³⁰ PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de direito romano*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Haddad Editores, 1955, p. 244

³¹ MEIRA, Sílvio A B. *História e fontes do direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 246.

³² BARCELLONA, Pietro. *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*. Nápoli: Jovene [s. d], p. 38 e *Diritto privato e società moderna*. Nápoli: Jovene, 1996, p. 66, apud CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas (uma análise do ensino do direito de propriedade)*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 26.

³³ Tradução livre: “Esta organização da propriedade e da atividade artesanal fazia assim que na sociedade feudal a produção , tanto agrícola quanto urbana, fosse essencialmente fundada sobre o trabalho obrigado.”

juridicização, sendo, na verdade, reflexos fortes da organização social, com enorme influência de laços pessoais.³⁴

Desta maneira, com razão se denominou à propriedade medieval de um estatuto da coisa e não do sujeito, o que bem explica a possibilidade da fragmentação de vários sujeitos para a propriedade de uma mesma coisa, contrariamente ao caráter individualista do direito romano.

1.4 A PROPRIEDADE PRIVADA NO DIREITO MODERNO

A chamada Idade Moderna, na qual, por óbvio, se forjou o que convencionamos chamar de direito moderno, não tem um espaço cronológico definido com precisão, seja quanto ao seu início, seja quanto ao seu término. Para alguns, seu início se deu com a queda de Constantinopla, em 1453, ou a descoberta dos novos mundos ou ainda o início da Reforma protestante, deflagrada na Alemanha, em 1517 e estendendo-se até a Revolução Francesa de 1789 ou a revolução industrial, do século XIX.³⁵

O desprestígio crescente da nobreza, além de sua descapitalização, uma vez que os burgueses se detinham nas atividades comerciais, bancárias e afins, o desenvolvimento das sociedades por ações e outros fatos desta natureza formaram o palco perfeito para a deflagração da Revolução Francesa de 1789, para a qual a propriedade era um dos pilares da sociedade, e um direito inafastável do homem e do cidadão, ao lado da liberdade e da igualdade. Aliás, em escritos da época, muitas vezes o elemento *fraternidade*, que compõe a

³⁴ GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*. Madrid: Civitas, 1992, p. 74.

³⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil...*, cit, p. 111.

tríade emblemática da Revolução Francesa, aparece substituído por *propriété*, como lembra Marc Frangi.³⁶

O Código Civil francês conseqüente, de 1804, famoso Código de Napoleão, colocou a propriedade privada como verdadeiro núcleo do ordenamento jurídico.

Talvez, entre os exegetas do século XIX, a definição de propriedade proposta por Aubry e Rau³⁷ tenha sido a que melhor sintetizou e mais claramente apresentou o resultado da construção do direito de propriedade, conforme a concepção do direito civil francês moderno.

Na sua visão, a propriedade, em seu sentido próprio, exprime uma idéia de poder jurídico mais completo de uma pessoa sobre uma coisa, podendo ser definido como o direito em virtude do qual uma coisa se encontra sujeita à determinação e à vontade de uma pessoa, do modo mais absoluto e exclusivo.

Esta visão aponta para o fato de que as faculdades inerentes ao direito de propriedade não se podem detalhar e se encontram como que, por assim dizer, distribuídas na proposição de que o proprietário pode livremente usar e fruir a coisa que lhe pertence, podendo dela dispor materialmente e praticar todos os atos jurídicos a que ela se possa sujeitar, além de excluir terceiros de qualquer participação no exercício de suas inúmeras faculdades.

É claro que, ao se dizer absoluto o direito de propriedade moderno, mesmo em sua fonte mais pura, o Código Civil francês, não se descarta a

³⁶ FRANGI, Marc. *Constitution et droit privé: les droits individuels et les droits économiques*. Marseille: Presses Universitaires D'Aix, 1992, p. 227

³⁷ AUBRY C. et RAU, C. *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*. 5. éme ed. Paris: Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard. 1897, vol. 2, p. 255-6.

limitação mínima, que se refere ao uso proibido por lei, como está na parte final do art. 544 daquele diploma legal, verbis:

“Art. 544. La propriété est le droit de jouir et disposer de choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.”³⁸

Observa-se assim que o caráter de direito natural inato, contributo jusnaturalista, é, sofisticada e quase que imperceptivelmente, transformado em direito absoluto, acalmando-se o ardor revolucionário e acentuando-se o caráter conservador do *status quo* da classe vencedora.

Na verdade, a economia de troca tinha de pressupor a mais ampla liberdade, sem deixar de lado o fato de que a experiência do Estado absolutista alimentava mesmo no espírito do burguês e das pessoas letradas uma repugnância quase que total a qualquer tipo de intervenção estatal que, de alguma forma, enevoasse a imagem de liberdade que se desenhava, de uma autonomia da vontade salvadora que idolatrava a idéia do direito subjetivo, tomado sob uma compreensão hoje reconhecidamente extremada, o que somente serviu para atomizar a sociedade, posto que o individualismo, produção característica do Iluminismo, gerava um sujeito de direitos seus, individuais, oponíveis a todos, inclusive ao Estado, com reflexos importantes no direito da modernidade³⁹

Com o Iluminismo, o homem se descentra, deixando de ser o seu clã, seu povo, sua nação, existindo por si e em si próprio, com exigências específicas e direitos inalienáveis à felicidade e a auto-realização.⁴⁰

³⁸ Tradução livre: “Art. 544. A propriedade é o direito de fruir e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos.”

³⁹ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 1999, p.30

⁴⁰ ROUANET, Sérgio Paulo. *Tomismo e iluminismo*. In: _____ . *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 407-420. p. 416

O problema foi que, por liberdade, compreendeu o direito francês, à época, e o acompanhou o direito moderno, o fato de qualquer cidadão poder contratar, estabelecer, com outro, as regras da avença, com inteira autonomia e sem qualquer dirigismo, a não ser a própria vontade dos contratantes. No exato momento em que se deu a Revolução Francesa, tal conclusão foi, fatural e racionalmente falando, absolutamente lógica, porque dentro do espírito mudancista-revolucionário, e até porque ocorrera uma grande transferência de propriedade: o domínio eminente, (posto nas mãos dos senhores feudais) para o domínio útil (colocado nas mãos dos vassalos, os verdadeiros trabalhadores da terra), e isto sem qualquer indenização. Daí a relevância que ao direito de propriedade deu a Revolução Francesa, posto que com ela desapareceram as imensas propriedades, os latifúndios franceses.

É esta a lição que cristalinamente nos demonstra Luis Martín Ballestero Hernandez ,⁴¹ nesta passagem especial:

“La lucha dirigida contra el dominio eminente condujo a la noche del 4 de agosto de 1789: los nobles fueron obligados a renunciar, sin indemnización, a sus privilegios (feudales) o sea, al dominio eminente. Como há escrito Taine, la Revolución Francesa fué así ‘una transmisión de propiedad’; la propiedad pasó del dominio eminente al dominio útil. Por haber desaparecido la dualidad, los revolucionarios pudieron plegarse a la ‘concepción romana’. Al proclamar la libertad individual, al afirmar los derechos del hombre, tenían que hacer, con toda naturalidad del derecho de propiedad un derecho individual y absoluto. Cada uno es dueño y soberano de lo que le pertenece. Se lee en el art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: ‘Por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado[...]’ La Revolución Francesa tuvo por resultado la desaparición de las inmensas propiedades inmobiliarias. Por tanto, evitó la intervención posterior del legislador para dividir las fincas.”⁴²

⁴¹ BALLESTERO HERNÁNDEZ, Luis Martín. *Derecho Agrario: estudios para una introducción*. Zaragoza: Neo Ediciones, 1990, p. 116.

⁴² Tradução livre: “A luta dirigida contra o domínio eminente conduziu à noite de 4 de agosto de 1789: os nobres foram obrigados a renunciar, sem indenização, a seus privilégios (feudais), ou seja, ao domínio eminente. Como escreveu Taine , a Revolução francesa foi assim “uma transmissão de propriedade “, a propriedade passou do domínio eminente ao domínio útil. Por haver desaparecido a dualidade, os revolucionários puderam se sujeitar à concepção romana”. Ao proclamar a liberdade individual, ao afirmar os direitos do homem , teriam que

Daí, no entanto, a se entender que tal liberdade, esta autonomia da vontade, mesmo com o passar dos tempos, gerava a igualdade vai uma grande distância, uma vez que, no contrato entre o fraco e o forte, se não interferir o direito, antes mesmo da contratação, equilibrando as partes interessadas, não se terá qualquer exercício de igualdade. E, obviamente, isto se refletiu fortemente no direito de propriedade, ficando os bens novamente nas mãos de poucos.

Não se pode, no entanto, negar a enorme influência que o Código Civil da França exerceu sobre o Continente Europeu e sobre a América, que editaram seus Códigos com regras muito aproximadas das francesas, notadamente sobre família, propriedade e autonomia da vontade, erigidos pilares do direito privado e positivação mesma do direito natural.

Mas, na construção do pensamento jurídico, mormente a respeito do direito de propriedade e sua idéia conceitual, obviamente, o direito alemão influenciou de forma decisiva, ante sua notável sujeição ao modelo sistemático, levado a extremos na sua legislação codificada, tornando-se fértil campo para a dogmática jurídica e, principalmente, para a formação de um arquétipo de propriedade assentado em critérios abstracionistas.

Pondo-se lado a lado a disposição do Código napoleônico (art. 544) de que a propriedade é “... le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue...”⁴³ e a do BGB (§ 903) que estabelece que o proprietário de uma coisa pode proceder com ela segundo seu critério e excluir os demais de toda intromissão, chegamos a conclusão de que, no caso do direito francês, embora o Código não mais mantivesse o caráter revolucionário, recheado de

fazer, com toda naturalidade, do direito de propriedade um direito absoluto. Cada um é dono e soberano do que lhe pertence. Lê-se no art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: ‘Por ser a propriedade um direito individual e sagrado[...]’. A Revolução Francesa teve como resultado o desaparecimento das imensas propriedades imobiliárias. Portanto, evitou a intervenção posterior do legislador para dividir as terras”.

⁴³ Tradução livre: “... o direito de fruir e dispor das coisas da maneira mais absoluta...”

uma proclamação jusnaturalista, era, sem dúvida, uma clara manifestação de como se caracterizava a nova ordem que acabara de ser instituída, na lúcida observação de MARTÍNEZ ⁴⁴. E na hipótese do direito alemão, embora a aparência de um afastamento do *modus faciendi* do direito francês, nota-se claramente a recepção da idéia de que a propriedade é como que um aglomerado conjugado de poderes, além do fato de que, em razão de sua excepcional técnica, o Código alemão, pela instrumentalidade do elevado grau de abstração, põe em relevo uma espécie de desinteresse quanto às formas pelas quais o titular do direito de propriedade exerce seus poderes.

Com efeito, a abstração e a generalidade são características dos códigos modernos, quando do tratamento da propriedade. Basta a indicação de alguns exemplos para que se possa vislumbrar o acerto da afirmação:

“Código Civil português: Art. 1.305º o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas.”

“Código Civil espanhol: Art. 348. La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.”⁴⁵

“Código Civil italiano: Art. 832. Contenido del diritto. – Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l’osservanza degli obblighi stabiliti dall’ordinamento giuridico”.⁴⁶

“Código Civil alemão: § 903. (Faculdades do proprietário). O proprietário de uma coisa pode, sempre que a lei ou o direito de um

⁴⁴ MARTÍNEZ, Fernando Rey . *La propiedad privada em la Constitución Española*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p.36

⁴⁵ Tradução livre: “Art. 348. A propriedade é o direito de gozar e dispor de uma coisa, sem mais limitações que as estabelecidas nas leis. O proprietário tem ação contra o detentor e o possuidor da coisa para reidiá-la”.

⁴⁶ Tradução livre: “Art. 832. Conteúdo do direito. – O proprietário tem direito de gozar e dispor das coisas de modo pleno e exclusivo dentro dos limites e com observância das obrigações estabelecidas pelo ordenamento jurídico”.

terceiro não se opuser, dispor da coisa à sua vontade e excluir outros de qualquer intromissão”.⁴⁷

É visível, como observa BARCELONA, que as conceituações de propriedade ofertadas pelo direito moderno houvessem deixado o plano do real, conforme na Idade Média, para buscar algo abstrato, o que não causa espanto, posto que no Estado de Direito liberal a característica básica da lei é ser abstrata, seguindo-se-lhe, na mesma ordem de importância, o ser geral.

Grossi⁴⁸ denuncia esta passagem da coisa concreta, real para o abstrato, sob a justificativa de uma desesperada busca de autonomia.

É que, quanto mais genérica e não especificadora fosse a legislação, mais amplos os poderes do titular do direito, mais consolidada a situação dos privilégios.

O que resta definitivo e certo é que, sob este sistema abstracionista, ancorado nos códigos, a propriedade moderna centrou-se na figura do indivíduo

“como força motriz da vida em sociedade, isolado de seus pares, reduzido a sujeito de suas próprias necessidades e capaz de conseguir por si só a sua sobrevivência” fato que “ exige a proibição de interferências na esfera alheia, princípio fundamental da ordenação da sociedade.”⁴⁹

Desta maneira, a lei acaba por não se referir ao homem concreto (o proprietário) apreensível dentro de suas relações sociais. O preceito abstrato, exatamente em razão disto se aplica indistintamente a todos. E, despido desta

⁴⁷ Tradução de Souza Diniz, Código Civil alemão, Rio de Janeiro, Record, 1960, apud Laura Beck Varela, Das propriedades... cit., In Judith Martins-Costa, A reconstrução.. cit., p. 748 , para “der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen. Der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse die besonderen Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten. (Bürgerliches Gesetzbuch, 6.Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 1991)

⁴⁸ GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades. Um análisis histórico*. Madrid: Civitas, 1992, p. 47

⁴⁹ EROULTHS .*O discurso...*cit... p. 112

responsabilidade social, que decorreria do relacionamento social responsável, o proprietário, como que um anônimo, exerceria seus direitos com mais absolutismo e menos moderação ou comedimento.

1.5 A PROPRIEDADE PRIVADA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Aos movimentos antipropriedade privada, seja no seio da filosofia, seja no seio da política, profundamente golpeados com a queda do muro de Berlim e o desfazimento da URSS, opôs-se, no final do século XIX, realinhando os parâmetros deste instituto, a teoria da função social, pela qual o direito de propriedade perde de uma vez por todas a pretensa condição de absoluto, sujeitando-se ao cumprimento da mencionada função social, a qual atribui à propriedade um conteúdo específico, que lhe configura, inclusive, um novo conceito, uma redefinição de seus elementos essenciais e integrantes.

Seja de justiça, neste momento deste trabalho, levantar-se o pensamento social da Igreja, no que respeita à propriedade, a partir da Encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII, de 15 de maio de 1891, seguindo-se-lhe a *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, datada de 15 de maio de 1931, a *Mater et Magistra*, de João XXIII, datada de 15 de maio de 1961 e a *Populorum Progressio*, de Paulo VI, datada de 26 de março de 1967.

Leão XIII, na *Rerum Novarum*, declarava expressamente ser a propriedade privada um direito natural, justificando sua existência como corolário da liberdade do trabalhador que, efetuando suas economias, podia reservar parte do seu salário à aquisição de um campo, o qual seria, exatamente, o seu salário transformado. Impedir-se isto seria tornar mais precária a situação do operário, por lhe ser retirada a livre disposição de seu salário.⁵⁰

⁵⁰ DE SANCTIS, frei Antônio (Org.) *Encíclicas e documentos sociais*. São Paulo: Edições LTR, 1972, p. 15-17.

De sua vez, Pio XI, na *Quadragesimo Anno*, aponta para a índole individual e social da propriedade, segundo diga respeito aos particulares ou ao bem comum, reconhecendo que os bens têm que servir aos seus fins, conforme criados, embora caia no engano de afirmar que o não uso ou o mau uso não sejam fatores capazes de gerarem a perda da propriedade, mas bem lembrando que a regulamentação do uso da propriedade não a enfraquece mas defende-a.⁵¹

Na *Mater et Magistra*, João XXIII relembra que seus antecessores nunca deixaram de ensinar que no direito de propriedade privada está incluída uma função social e, defendendo o papel da função social da propriedade, nega sua superação, afirmando que essa função mergulha suas raízes na própria noção do direito de propriedade.⁵²

Finalmente, na *Populorum Progressio*, Paulo VI, reafirmando os ensinamentos de seus predecessores, relembra que os bens existentes na terra têm uma finalidade natural a ser alcançada e que não pode o direito de propriedade ser exercido em detrimento do bem comum. De modo que, surgindo conflitos entre os direitos adquiridos individuais e as exigências comunitárias primordiais, cumpre ao poder público resolvê-los, com a participação ativa das pessoas e grupos sociais.⁵³

É assim que a Constituição Federal garante o direito de propriedade, mas cobra o cumprimento de sua função social.

Tem-se, no momento, mencionado o caráter sócio-econômico da propriedade, uma vez que, na composição dos requisitos a serem cumpridos para que a função social seja atingida, aparece também a economia.

⁵¹ DE SANCTIS, frei Antônio (Org.) *Encíclicas...* cit., p. 65-68

⁵² DE SANCTIS, frei Antônio (Org.) *Encíclicas...* cit., p. 255-256.

⁵³ DE SANCTIS, frei Antônio (Org.) *Encíclicas...* cit., p. 401-402.

É certo que já se tornou consagrada à expressão “função social”, mormente com referência ao direito de propriedade, tendo a mesma trânsito livre entre os civilistas contemporâneos. Sem prejuízo deste reconhecimento, todavia, temos que a mesma se revela, nos limites estritos de seus termos literalmente vistos, insuficiente, porque está tomada hoje no seu sentido mais genérico, mais abrangente, além do âmbito da letra. Até porque também o direito ambiental oferece elementos que se incluem nos requisitos apontados pela lei ordinária e pela Lei Constitucional, para que se perfaça tal cumprimento, notando-se, então, que a idéia de função social não é apenas jurídica e mesmo tomada neste sentido se apresenta sob variados aspectos.

Aliás, para bem entender a função social da propriedade, característica marcante do direito contemporâneo, tem-se que, primeiro, admitir que não se trata de uma expressão, apenas, que vagueia de raciocínio em raciocínio, ao alvedrio do intérprete e conforme sua própria compreensão.

É necessário, assim, que se parta por um traçado analítico, começando pela idéia de função para depois verificar o conceito de social, na expressão, no que é indispensável seguir o caminho aberto por RODOTÁ⁵⁴.

Quando se fala em funcionalização dos institutos jurídicos de direito privado, de uma forma geral, notadamente a propriedade, o contrato e a própria autonomia da vontade, constata-se facilmente que duas abordagens se tangenciam: a abordagem técnico-jurídica, preocupada com a estrutura a chamada essência do instituto e a sociológica, mais apegada à teoria funcional, naturalmente ligadas, ambas, ao mesmo fenômeno jurídico.

⁵⁴ RODOTÁ, Stéfano. Proprietà (Diritto vigente). In: *Novíssimo Digesto Italiano*. Turim: UTET, 1967, vol. 14, p. 138.

É que não basta ao jurista o preocupar-se apenas com o *modus faciendi* da lei, sendo de igual importância o reconhecer sua finalidade, sua razão última. Se assim o é com a lei, também o é com o direito. A função, assim, seria, como no entendimento de Francisco Amaral,⁵⁵ o papel que um princípio, norma ou instituto desempenha no interior de um sistema ou estrutura, tudo bem ao gosto do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n.º4.657, de 4 de setembro de 1942)

Assim, a função, em face da estrutura, seria, como pensa RODOTÁ⁵⁶, a definição do modo de atuar do instituto ou de um direito de características morfológicas particulares e manifestas.

Todavia, conquanto tal posicionamento possa revelar um certa posição secundária da função, em se tratando de função social da propriedade, o festejado autor esclarece que todas as vezes em que aparece uma certa utilidade social definida pelo legislador, desaparece o conflito, posto que a função social é encontrada no âmbito interno da propriedade, ou seja, na sua estrutura.

Obviamente, a menção da necessidade da lei definidora da utilidade social, de certa forma restringe a compreensão do princípio, enquanto tal, deixando-o à mercê de lei que o caracterize especificamente.

Em seguida, o termo social.

⁵⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 345.

⁵⁶ RODOTÁ, Stéfano. *Proprietà (Diritto vigente)*, in: *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 139.

É certo que idéias gerais e sentidos comuns acompanham esta palavra, como acontece com tantas outras utilizadas pela ciência jurídica. Assim, podemos pensar em bem-estar social, utilidade social, fim social etc.

Neste passo é importante visualizar os interesses sociais dignos de atendimento por carentes de satisfação. Naturalmente seriam todos os que num determinado lugar e num certo momento fossem identificados como dignos de tutela pela Constituição Federal.

Gustavo Tepedino⁵⁷ esclarece que tais interesses terão necessariamente configuração variável, flexível, de acordo com cada estatuto proprietário, em conformidade com os princípios constitucionais e a efetiva regulamentação dos interesses em conflito, ficando desde logo afastado qualquer apriorismo ideológico.

Mas é mister lembrar que o aspecto econômico da utilização dos bens exerce enorme influência no mundo contemporâneo, quanto a interpretação desta palavra, principalmente quando na composição da expressão: função social.

Tem-se em mente a própria proteção da propriedade, enquanto direito, em razão da utilização produtiva dos bens, no que parece retratar uma forma de bem estar econômico e coletivo.

Este pensamento certamente inspirou o texto do art. 185, inciso II da Constituição Federal, verbis:

⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____.(Org.) *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 280.

“Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

- I -
 II – a propriedade produtiva.”

E, embora no art. 186, incisos I a IV a Constituição Federal tenha explicitado minudentemente quando a propriedade rural cumpre a função social, houve por bem o legislador constituinte anexar ao art. 185 um parágrafo único, alertando que a lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Sem maior esforço interpretativo, observa-se que a propriedade produtiva é tratada de forma especial, inclusive quanto ao cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Chega-se até a entender que, havendo a exploração econômica do bem, tal fato manifestará seu aproveitamento racional (inciso I do art. 186 da Constituição Federal), de modo que este fator, na verdade funcionaria como um desaguadouro para o qual convergiriam todos os outros valores apontados na Constituição⁵⁸.

Fica claro que não podemos admitir que a visão da função social se dê através de um único e solitário prisma: o da exploração econômica. Até porque bens que claramente não se enquadram na categoria de bens de produção, nem por isto deixam de apresentar evidente função social, como imóveis urbanos, bens culturais etc.

⁵⁸ CHALHUB, Melhim Nemem. *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: 2000, p. 21, apud LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 111.

De outra parte, todavia, aparece a idéia que liga o termo social à figura de um instrumento capaz de fazer implantar o estabelecimento de relações sociais mais justas, com igualdade não apenas aparente ou formal, mas substancial, real.

Parece evidente que não se desautoriza ou minimiza o papel produtivo da coisa, mas remanesce uma preocupação de aumentar a produção material atrelada a sua distribuição em termos ao menos mais aproximados do que seria o eqüitativo.

Há, em plena atuação, uma espécie de coordenação entre a atividade privada, particular e os interesses coletivos, com a finalidade de dar aos recursos uma melhor utilização.

Tem-se, através dos tempos, procurado justificar o direito de propriedade por diversas teorias como a da ocupação, que justifica a propriedade por este fato, que, todavia, terá que estar mencionado na lei; como a teoria da lei ou positivista, que entende que a lei é que criou a propriedade e é que a garante, não havendo, pois, como se falar em propriedade antes que os estatutos jurídicos a reconhecessem e definissem; como a teoria da especificação, que é de natureza econômica ou do trabalho, pois este sendo capaz de transformar a coisa apropriada, para lhe dar contornos próprios, é capaz de gerar a propriedade a favor do especificador; a teoria da natureza humana, que vê na propriedade elemento inerente à própria natureza da pessoa humana, representando condição de existência e de liberdade de cada ser, inerente que é à estrutura psicológica e individual dos seres humanos, conduzidos, desde o nascimento, por uma idéia de apropriação das coisas encontradas ao redor, como garantia de sua sobrevivência e de sua liberdade, e, finalmente, a teoria da função social, pela qual a propriedade privada só se justifica se buscar atender não só os interesses dos proprietários, mas também os interesses gerais dos demais que o cercam.

Como visto, então, torna-se necessário enfatizar que se é verdade que a natureza humana impõe às pessoas o instinto apropriatório e que a propriedade privada, então, se alteia à condição de existência, realização e liberdade de cada ser, impõe-se também compreender que os bens objeto do direito de propriedade estão, na verdade, submetidos aos interesses reconhecidos pela própria normatividade vigente aos sujeitos proprietários, mas também, em razão do princípio da função social, fica estabelecida uma relação da mesma coisa com os sujeitos não proprietários. Desta maneira, a eles se reconhece o direito de exigir que o sujeito proprietário conduza o bem ao atingimento da função social, que espalha conseqüências sobre os ditos sujeitos não proprietários, titulares de interesses juridicamente protegidos pelo princípio nuclear da função social da propriedade.

Em outras palavras, a direção individual primeiramente observada no direito de propriedade, justificada pela necessidade de auto-afirmação do homem, como uma espécie de garantia de sua felicidade, de sua liberdade, de sua própria condição humana não se acrisola apenas no sujeito proprietário, desconhecidos os demais sujeitos não proprietários. Estes também são pessoas humanas e a propriedade reconhecida a favor do sujeito proprietário não afasta da relação com a coisa os sujeitos não proprietários. Para eles também a coisa objeto do direito de propriedade tem significado e a sua atuação, conduzida pelo sujeito proprietário, no meio onde se insere, pode refletir o bem ou ao menos o não prejuízo da coletividade, até porque os valores humanos que se reconhecem no indivíduo, tomado singularmente, não desaparecem em cada indivíduo que compõe a coletividade dos não proprietários. A favor deles o direito reconhece a presença de interesses que protege e assegura, na esteira do princípio da função social que a Constituição Federal exige seja cumprido pela propriedade.

Daí a importância de se tratar da operacionalização deste elemento essencial ao direito de propriedade.

Há os que o vêem como uma cláusula geral. Há os que o têm como um princípio.

RODOTÀ⁵⁹ se arrola entre os que têm a função social como princípio, e não só isto, mas um princípio positivado. Em verdade, como sabido, nem sempre os grandes princípios estão lançados no texto da lei, tendo servido apenas de inspiração para certas regras. Há situações, todavia, em que o princípio se traslada de seu mundo etéreo para o mundo material da lei, tornando-se, assim, um princípio positivado, não só acolhido, mas gravado no direito positivo. Quando isto ocorre, o princípio não é apenas uma fórmula verbal que indica um complexo de obrigações a serem cumpridas, mas um princípio operativo, que dispensa explicitação no nível legislativo inferior.

Colocada a questão no plano específico de nossa legislação constitucional, temos que parece ser a mais acertada a opinião de Martins-Costa⁶⁰, segundo a qual a regra constitucional de que “a propriedade atenderá sua função social” consubstancia cláusula geral, que, todavia, contém, ínsito em si, um princípio – a função social – o qual reenvia ao valor que este exprime.

Valiosa, também, neste campo, a lição de Suzana de Toledo Barros⁶¹ segundo a qual os direitos fundamentais, ainda quando expressados em forma de regras, a elas não se reduzem, mas reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor do bem jurídico a que visam proteger.

⁵⁹ RODOTÀ, Stefano, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*. 2ª ed., Bologna: Il Mulino, 1990, p. 240.

⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1999, p. 323-324.

⁶¹ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed., Brasília: Brasília-Jurídica, 2000, p. 156.

Tal entendimento enfraquece a posição dos que negam a aplicação imediata dos princípios, à conta da falta de regulamentação, ou então, quando expressos no texto legal, porque teriam perdido a condição de princípios, reduzindo-se apenas à regras.

Completada esta visão panorâmica, embora rápida, sobre o direito de propriedade, na qual buscamos observar o discurso proprietário e suas rupturas, em cada fase ou período do pensamento jurídico da humanidade, ou as mudanças, com o passar de um período a outro, indiscutível a necessidade de que nos concentremos mais especificamente no tema. Tal tarefa se cumprirá pela investigação direta de tais crises, seja a partir, em tese, da passagem do individualismo à socialidade do instituto, seja na investigação concreta dos textos legais codificados, com seus avanços e deficiências, aproveitadas as contribuições mais diversas do pensamento jurídico na configuração do novo princípio norteador da propriedade: a função social.

CAPÍTULO II

PROPRIEDADE: CRISES CONCEITUAIS. CONFLITO ENTRE A NATUREZA BASICAMENTE INDIVIDUAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

2.1 A INDEFINIÇÃO LEGAL QUANTO AO CONCEITO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Conquanto Códigos Civis como o francês e o alemão (art. 544 e § 903, respectivamente) chegassem a definir a propriedade, tendo o Código Napoleônico visto a mesma como a implicar as prerrogativas de usar, gozar e dispor da coisa da maneira mais absoluta, em clara absorção do que, na Idade Média, se dizia ser do direito romano antigo, isto é, o *ius utendi, fruendi et abutendi*, não ousou o Código Civil brasileiro de 1916 conceituar o direito de propriedade, preferindo arrolar os direitos que a lei garante ao proprietário, como se vê do seu art. 524, verbis:

“Art. 524 A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e o de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.”

De sua vez, veio o art. 527 do mesmo Diploma ao tratar da exclusividade e ilimitação do domínio, salvo prova em contrário, assim:

“Art. 527.O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário.”

Embora o longo tempo de demora na tramitação do seu Projeto, inclusive com o evento da promulgação da Constituição brasileira de 1988 no seu curso, o Código Civil brasileiro vigente, tomou rumo assemelhado, no que se refere a este ponto, o que se vê do seu art. 1228, embora, como se sabe, em parágrafos subseqüentes tenha enunciado as diversas obrigações a que se sujeita o proprietário, tema no qual repete a Constituição.

Desta maneira,

“Art. 1228. 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 sr 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 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.

Art. 1231. A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.”

De modo diferente não o faz, proxivamente a nós, o direito português, posto que, como se vê do art. 1305º do seu Código Civil, a Lei lusitana, como a brasileira, não definiu a propriedade, mas enumerou os direitos de que goza o proprietário, *verbis*:

“Art. 1305º O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertençam, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas.”

Na verdade, é a doutrina que vem, com o fundamento de que o texto legal não é o melhor lugar para definições das instituições por ele reguladas, a dar o tratamento conceitual às mesmas, o qual se infere da análise contextual da lei, de modo a traçar o perfil e a substância da instituição estudada.

Obviamente, não foi sem motivo que assim agiu o legislador pátrio, mas em obediência a um *modus* próprio, absolutamente dentro das idéias de abstração e autonomia que dominavam o direito moderno, sob a influência do pensamento civilista francês e alemão.

Quanto mais o código abstraía as figuras do proprietário e do próprio instituto da propriedade, mais se evidenciavam a liberdade e a autonomia da vontade, de modo a poderem ser mantidos os privilégios da classe dominante, conforme amplamente especificado neste trabalho, no capítulo I, título 1.4 A PROPRIEDADE PRIVADA NO DIREITO MODERNO.

Tal fato não seria grave, nem produziria reflexos mais danosos se os textos codificados tratassem de modo uniforme e com rigor terminológico o instituto regulado, ao longo de seu corpo. Não é assim, porém, como se demonstrará a seguir.

2.2 SITUAÇÃO DA NOMENCLATURA NÃO UNIFORME QUANTO AO DIREITO DE PROPRIEDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Como adverte Luís da Cunha Gonçalves⁶², o termo propriedade tem diversas acepções, uma vez que

⁶² GONÇALVES, Luís da Cunha. *Da propriedade...* cit., p. 7.

“As leis, a doutrina e a linguagem usual designam este direito também pela expressão abreviada de propriedade, como se vê dos arts. 2.168º, 2.171º e outros do Código Civil. Frequentemente, porém, a palavra propriedade é usada no sentido restrito de direito exercido na terra ou em bens rústicos e urbanos. Em alguns casos, porém, chama-se propriedade a própria coisa imóvel ou móvel que pertença aos homens, especialmente se for uma coisa rústica: uma herdade, uma quinta, um terreno etc.”

E o mesmo autor prossegue a informar que este sentido especial (que toma o direito pelo seu objeto) é a causa de muitas confusões e até disparates doutrinários.⁶³

Somente a título ilustrativo, e começando pelo Código Civil revogado, podem-se ver os seguintes exemplos: Os arts. 525, 526, 527 do Código Civil brasileiro falam claramente do direito de propriedade, ao declararem “É plena a propriedade quando todos os seus direitos elementares se acharem reunidos no do proprietário[...]” ou “A propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior[...]” ou ainda “O domínio presume-se exclusivo e ilimitado até prova em contrário”.

Não se pode dizer o mesmo do art. 530, que declara: “Adquire-se a propriedade imóvel”. Ora, móveis ou imóveis são os bens, que assim se classificam, segundo a lei (arts. 43 a 46 e 47 a 51 do Código Civil). A propriedade é um direito que se exerce sobre eles, não sendo ela mesma, enquanto direito, móvel ou imóvel. É que, como já dito alhures, às vezes o direito de propriedade é expresso pela palavra propriedade, apenas, ou então, o que é pior, confunde-se o direito de propriedade com a coisa objeto deste direito, falando-se em propriedade quando se refere a uma quinta, um terreno etc. Assim, na verdade, adquire-se a propriedade sobre bens imóveis pelos modos previstos nos incisos de I a IV do art. 530 do Código Civil revogado.

⁶³ GONÇALVES, Luís da Cunha. *Da propriedade...cit.*, p. 7.

Já nos arts. 550 e 551 do Código Civil anterior, o legislador cuidou de usar a locução ‘domínio sobre o imóvel’, até porque soaria simplesmente absurdo falar-se em aquisição do domínio da propriedade, mesmo levando-se em consideração as diferenças mencionadas na doutrina a respeito dos dois termos, aliás hoje muito mitigadas, aprofundando-se mais ainda o fosso da incompreensão, inclusive sobre o direito de propriedade e o direito dominial.

Vê-se, nitidamente, esta mistura terminológica nos arts. 554 e 555 do Diploma Civil brasileiro de 1916, que declaram:

Art. 554. O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam.

Art. 555. O proprietário tem o direito de exigir do dono do prédio vizinho a demolição ou reparação necessária, quando este ameace ruína, bem como que preste caução pelo dano iminente.

É evidente que a palavra propriedade, aí, foi tomada como sinônimo do imóvel objeto do direito de propriedade, até porque não se poderia pensar de outra maneira, sob pena de conclusões absurdas. Desta maneira, imaginando-se que por *propriedade vizinha* estivesse o legislador tomando o direito de propriedade, teríamos os seguintes absurdos: o direito de propriedade pode ser vizinho de um outro prédio? Ou, ainda, poder-se-ia falar em mau ou bom uso do direito de propriedade, quando o uso é exatamente um dos direitos que se asseguram ao proprietário?

Qual será a situação no texto codificado civil atual?

Seguindo o mesmo roteiro anteriormente adotado, observa-se que os arts. 1229 e 1231 do Código Civil que correspondem aos arts. 526 e 527 do Código revogado, inclusive com linguagem mais direta e acessível, referem claramente

ao direito de propriedade, com estes termos: “A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes [...]” e “A propriedade presume-se plena e exclusiva até prova em contrário.”

Já no Capítulo II da Seção II do Título III do Livro III do Código Civil o legislador fala em “Da Aquisição da Propriedade Imóvel”, sem maiores preocupações com o fato de a classificação de móvel e imóvel ter sido utilizada para os bens considerados em si mesmos e não para os direitos, conforme os arts. 79 a 82 da Codificação Civil vigente.

Ao tratar da usucapião extraordinária, coerente com a terminologia mais escorreita, o Código Civil declara que “Aquele que por quinze anos, sem interrupção nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade...” (Art. 1238) o mesmo acontecendo com a usucapião ordinária (art. 1242), onde se separa o bem objeto da posse ou da propriedade do direito de propriedade.

Infelizmente, porém, embora o cuidado do nosso legislador civil, vê-se neste como no Código anterior, a mistura terminológica, com o disposto nos arts. 1277 e 1280, que correspondem aos arts. 554 e 555 do Código revogado, verbis:

“Art. 1277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Art. 1280. O proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameace ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente.”

Os exemplos poderiam se multiplicar, mas os que foram apontados são suficientes para demonstrarem o ponto que está sendo objeto de discussão. Mau grado isto, e para tornar mais evidente a afirmação, é de se ver, ainda, como o tema também é assim redigido de forma vacilante, na Constituição Federal.

Realmente, com absoluto rigor terminológico, o art. 184 da Constituição Federal⁶⁴ afirma que somente a União pode desapropriar, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social. Vê-se, aí, o legislador separando distintamente o direito de propriedade do imóvel sobre o qual o mesmo se exerce, mostrando que o imóvel pode ser desapropriado, ou seja, entregue à propriedade de outrem, no caso a União.

Já não acontece o mesmo nos arts. 185 e 186⁶⁵, onde a Constituição fala em pequena e média propriedade rural, numa clara tomada do conteúdo pelo continente, uma vez que pequena e média são as extensões dos imóveis rurais sobre os quais alguém exerça o direito de propriedade, o mesmo se podendo dizer do termo *produtiva*, pois, a nosso ver, produtivo é o imóvel, que a isto pode ser levado, ou não, pelo proprietário, no mau ou correto uso de seu direito de propriedade sobre ele.

Impõe-se esta compreensão, a partir do momento em que se entenda que todas as coisas existentes na natureza têm o seu papel, a sua função e a sua

⁶⁴ “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização [...]”

⁶⁵ “Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

- I- a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
- II- a propriedade produtiva.”

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

- I- aproveitamento racional e adequado;
- II- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III- observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

utilidade natural. Intervindo nelas, o homem as adapta, aperfeiçoa, complementa, segundo as suas necessidades, daí, hoje, no direito de propriedade, que faculta ao homem esta intervenção, exigir-se dele que conduza o bem às suas finalidades econômica e social, binômio que, embora incompletamente, abarca o entendimento da função social da propriedade.

2.3 PROPRIEDADE: APARÊNCIA OU SUBSTÂNCIA JURÍDICA?

Importante aspecto aborda-se, neste passo, que se refere à questão material da propriedade, enquanto direito, ou, em outras palavras, o que, efetivamente, caracteriza e identifica o direito de propriedade.

Em instigante trabalho doutrinário, Glauber Moreno Talavera teve oportunidade de citar passagem relevante de José Antonio Alvarez Caperochipi, onde fica bastante explicitado o problema da aparência no direito de propriedade, o seu caráter formal, mas dependente dos mecanismos aparentes que geram a titulação.

Eis a passagem mencionada:

“La propiedad es, simplemente, apariencia dogmáticamente convertida en realidad por razones de seguridad. Por tanto, la propiedad para el derecho está inseparablemente ligada a su prueba y la antología del derecho de propiedad es puramente formal (titulación). La sola apariencia es, además, por sí misma, titulación (la posesión y el registro) y instrumento privilegiado de prueba de la propiedad. Por todo ello el estudio jurídico de la propiedad y los derechos reales debe iniciarse por el estudio de los mecanismos aparentes generadores de la titulación (la posesión y el registro) dada la unión inseparable e indisoluble de la realidad de la propiedad con la prueba de la propiedad.”⁶⁶

⁶⁶ ALVAREZ CAPEROCHIPI. *Curso de derechos reales: propiedad y posesión*. Madrid: Editorial Civitas, 1986, apud TALAVERA, Glauber Moreno. A função social como paradigma dos direitos reais limitados de gozo

Na verdade, a bem pensar, ao se dar o registro do título como forma de aquisição da propriedade, tem-se uma sujeição ímpar à formalidade, no direito de propriedade, quando, com efeito, o poder sobre a coisa, o uso, o gozo e a disposição, como conteúdos do direito de propriedade, é que o mostram, *in re ipsa*. Neste sentido, tem razão a lição de Jhering⁶⁷ de que

“La posesión es una posición avanzada de la propiedad [...] La protección de la posesión, como exterioridad de la propiedad, es un complemento necesario de la protección de la propiedad, una facilitación de la prueba en favor del propietario, la cual aprovecha necesariamente también al no propietario.”⁶⁸

Neste vetor, qual seja o de mostrar o conteúdo material da propriedade, a posse é, sem dúvida, seu maior instrumento, o que, todavia, não retira o valor da posse em si, mesmo quando travestida de simples *imago domini*, exterioridade da propriedade, posto que, individualmente, sem precisar de estar escorada ou garantida pela propriedade, a posse, como instituto autônomo, se afirma e consagra e, mesmo quando decorrente da propriedade, a posse produz seus efeitos particulares, que dela resultam, pelo seu extraordinário papel de realizar a função social da propriedade, pois é pelo exercício possessório que tal desiderato pode ser atingido, transformando o imobilismo da propriedade num dinamismo atuante e de conseqüências abrangentes em meio à sociedade em geral, posto que os sujeitos da relação jurídica se reconhecem como tais, considerando os reflexos que, na vida social, se projetam da interação dos

ou fruição sobre coisa alheia, in VIANA, Ruy Geraldo de Camargo e NERY, Rosa Maria de Andrade.(Coords.) *Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal*, p. 279.

Tradução livre: “A propriedade é, simplesmente, aparência dogmaticamente convertida em realidade por razões de segurança. Por tanto, a propriedade para o direito está inseparavelmente ligada a sua prova e a antologia do direito de propriedade é puramente formal (titulação). A só aparência é, ademais, por si mesma, titulação (a posse e o registro) e instrumento privilegiado de prova da propriedade. Por tudo isto, o estudo jurídico da propriedade e os direitos reais deve iniciar-se pelo estudo dos mecanismos aparentes, geradores da titulação (a posse e o registro) dada a união inseparável e indissolúvel da realidade da propriedade com a prova da propriedade.”

⁶⁷ Jhering, Rodolfo Von. *La posesión*. Versión española de Adolfo Posada. Madrid: Editorial Reus, 1926, p. 84.

⁶⁸ Tradução livre: “A posse é uma posição avançada da propriedade [...]A proteção da posse como exterioridade da propriedade, é um complemento necessário da proteção da propriedade, uma facilitação da prova em favor do proprietário a qual aproveita também ao não proprietário.”

sujeitos proprietários e não proprietários, nas respectivas defesas de seus interesses. Necessariamente, não se contrapõem, mas se interpenetram, numa simbiose que aperfeiçoa o novo perfil conceitual da propriedade, sob os influxos da função social.

Isto posto, é claro, porém, que não desejamos deixar consagrada a idéia de que a propriedade seja apenas e simplesmente uma aparência, algo externo que gera seu surgimento. Há que se apontar, ainda que numa visão unitária do direito de propriedade, com Bernard WINDSCHEID, que

“proprietà indica che una cosa (materiale) è própria di alcuno, e per fermo própria a termini del diritto: quindi invece di proprietà più esattamente diritto di proprietà. Ma ache una cosa sai d’alcuno a termini del diritto vuol dire, che rispetto ad essa la volontà de è decisiva nella totalità dei suoi rapporti”.⁶⁹

Como será visto oportunamente, esta relevância dos instrumentos de aparência que servem à propriedade tem significado ainda maior quando, ao tratarmos da posse como direito e não apenas como fato que produz direito ou como mera aparência, ou como uma posição avançada da propriedade, como o desejou Jhering⁷⁰, mostrarmos que o caráter de exteriorização fática que envolve a posse, do mesmo modo que envolve a propriedade, não lhe retira a natureza jurídica de direito.

⁶⁹ WINDSCHEID. *Diritto delle pandecte*, vol. I, parte II, cap.IV, § 167, p. 113-114, apud VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade. Construção de um direito. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 746.

Tradução livre: “propriedade indica que uma coisa (material) é própria de alguém, e por certo, própria em termos jurídicos, portanto, ao invés de propriedade, mais exatamente, direito de propriedade. Mas que uma coisa seja própria de alguém em termos jurídicos quer dizer que, com respeito a esta, a vontade do sujeito é decisiva na totalidade das suas relações”.

⁷⁰ Jhering, Rodolfo Von. *La posesión*, cit., p. 84.

2.4 A NATUREZA PREPONDERANTEMENTE INDIVIDUAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Embora buscando raízes históricas mais recuadas, a verdade é que a noção absolutista do direito de propriedade é uma construção moderna, que reflete diretamente na concepção deste direito como eminentemente individualista e egoísta, voltado com exclusividade ou quase completa pertinência aos interesses de seu titular, com pouquíssimas preocupações com os demais agentes sociais do meio circundante, tidos cada vez mais como “sujeitos passivos”, portadores de obrigações a serem cumpridas, sobressaindo dentre elas a do respeito incondicional aos direitos do proprietário.

Para tal situação, contribuiu de modo intenso a preferência pelos códigos, vistos sob certa concepção de completude. Neles o direito estaria completo em sua manifestação e nele e por ele todas as situações poderiam ser resolvidas. Também, a adoção da idéia de sistema, muito presente na cultura germânica, com suas conseqüências naturais.

Não se pode deixar de considerar que a codificação do direito, como movimento então vitorioso, resultou da notável influência do pensamento do Iluminismo e do Racionalismo, com o qual se buscava alcançar um direito que pudesse ser suficientemente neutro para ser universal.

Ressalta Paulo Luiz Neto Lobo⁷¹ que

“A codificação, prenunciada pelo iluminismo como razão escrita, pretendeu retomar a essência civilizatória da antiguidade romana, após a longa noite medieval, transportando para seu tempo o que já estava

⁷¹ LOBO, Paulo Luiz Neto. O direito civil alternativo. In: CHAGAS, Silvio Donizete (Org). *Lições de direito civil alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 13.

cristalizado no Corpus Juris Civilis. Por suposto, a história e a razão serviram à pretensão de transformar os valores da burguesia liberal em valores de todo o povo, sendo assim neutros e universais.”

Ponha-se em devido relevo que o fato de os ideais políticos, mormente como apresentados pela Revolução Francesa, poderem ser transportados para o campo jurídico representava poderosa atração à codificação do direito, caminho mais fácil desta transferência.

À época, tinha-se que a Constituição se responsabilizava por garantir as liberdades no âmbito político e os Códigos regulavam as liberdades no âmbito civil, cada qual em campo separado e autônomo.

Assim, por exemplo, diversas modificações da legislação civil que já vinham sendo endossadas pela doutrina, todas de caráter individualista e liberal foram acolhidas pelo Código Civil francês de 1804, como a igualdade entre todos os cidadãos, com a queda dos privilégios feudais, a transferência das regras do casamento para a legislação secular, a autonomia da vontade individual e as modificações no regime jurídico atinente à propriedade, tida e havida como afirmação da individualidade do cidadão, transparecendo então a igualdade, tão ao gosto da Revolução Francesa e manifestando-se, por isto mesmo, como direito absoluto.

Aliás, mostrando o paralelismo entre as disposições do Código de Napoleão e as idéias fisiocratas na área da economia, assinala Judith Martins-Costa⁷²

“... é perfeitamente possível traçar um paralelo entre o direito ali estabelecido – nomeadamente, a) os princípios do individualismo e do liberalismo, b) a organização das instituições jurídicas em que os bens

⁷² MARTINS-COSTA, Judith . *A boa-fé... cit.*, p. 188.

estão colocados no centro do sistema, c) a noção de propriedade como domínio, inserida no coração da noção do regime de bens que prepara o lugar para a apropriação privada dos meios de produção, d) o sistema de sucessão mortis causa que assegura a transmissão dessa propriedade segundo regras de tipo igualitário e individualista, mantendo a liberdade de testar, e) o princípio do contrato como núcleo das relações intersubjetivas, e f) a concepção de família enquanto desenho das relações intrafamiliares identificadas às relações interindividuais, sob o princípio da autoridade marital – e as idéias dos fisiocratas no campo da economia.”

Este ambiente econômico da burguesia delimitou os lindes do Código e influenciou diretamente na sua substância, como se pode ver da transcrição acima de Judith Martins-Costa. Porém, como imperativo da melhor compreensão deste importante momento-significado histórico-econômico e político não poderíamos deixar de trazer à colação, valendo-nos da vigorosa pesquisa de EROULTHS CORTIANO JÚNIOR que o Código Civil moderno, inicialmente da burguesia, “vai deixar de ser o Código da burguesia, enquanto classe, e se transformará no Código da burguesia enquanto tipo humano”, escorado, para tal afirmação, em clássica distinção de Leandro Konder, por ele colacionada:

“Expliquemo-nos: uma coisa é o burguês, o proprietário dos grandes meios de produção, o industrial, o empresário, o banqueiro, o grande comerciante. Outra coisa é o “tipo Humano” que a burguesia, no exercício de sua hegemonia, permite que se desenvolva na sociedade. Não se trata de uma “modelagem” do burguês feita pela burguesia [...]: trata-se de um condicionamento promovido, não pela burguesia, diretamente, mas pelo conjunto da sociedade burguesa, quer dizer, pelas características do “sistema” cultural elaborado sob hegemonia burguesa [...]. A sociedade estruturada sob a hegemonia burguesa comporta conflitos interanos bastante agudos sem, necessariamente, destruir-se. E o “homem burguês” é o “tipo humano” que se move no interior dessa sociedade, aprovando-a ou discordando dela.”⁷³

Ao lado da codificação, a adoção da idéia de sistema, com suas naturais conseqüências, evidentemente muito colaborou para o conceito moderno do

⁷³KONDER, Leandro. Os sofrimentos do “homem burguês”. São Paulo: Senac, 2000, p.15-16, apud CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas. Uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 72.

direito de propriedade, com estes contornos de individualismo e liberalismo, voltado para o âmbito patrimonial dos sujeitos envolvidos. Na verdade, o direito alemão é exemplo clássico quanto a este aspecto. Levado pela forte atração da pandectística, o Código Civil alemão aprofundou tanto quanto pode a idéia de sistema, buscando elaborar normas logicamente claras, coerentes, imunes à contradições, o que se nota, por exemplo, na preocupação em adotar regras gerais separadas das regras especiais, donde sua filiação ao cientificismo, abrindo fértil campo ao dogmatismo e ao espaçamento cada vez maior entre direito e política.

Por óbvio, havia problemas de ordem social, mas a preocupação do BGB era maior com a autonomia da vontade, com o direito subjetivo, no seu sentido mais puro, mais original.

Ora, tendo o Código Civil brasileiro de 1916 sofrido fortes influências dos Códigos francês e alemão tinha que ser, como ficou sendo, voltado a sistematização, como se confere, inclusive pela divisão em parte geral e partes especiais, orientado pelo individualismo e assegurando posições vindas de antanho para os seus grandes sujeitos: o contratante, o proprietário, o pai de família e o testador.

Sendo assim o Código, como um todo, mais especificamente o foi a propriedade, enquanto direito, consagrando a idéia básica de generalização o máximo possível dos poderes conferidos ao proprietário, fugindo de especificações perigosas e limitadoras que ferissem de morte o individualismo marcante do modelo proprietário, que, afinal, haveria de se transformar num princípio proprietário.

A disposição codificada de 1916, como se pode ver do art. 524 do Código Civil, demonstra este cuidado generalizante, bem evidenciando a intenção de deixar o proprietário, tanto quanto possível, imune a limitações que decorressem da própria idéia conceitual gravada no texto legal.

Como acertadamente observa EROULTHS CORTIANO JÚNIOR⁷⁴:

“Não se define, no Código, a propriedade, mas se estipulam – o que quer dizer: asseguram-se os poderes do proprietário. A lei brasileira reúne os elementos da definição da propriedade do Código Francês e da não definição do Código Alemão _ que, entretanto, especificou o conteúdo do direito de propriedade.”

Aliás, não passou ao largo desta influência o próprio Código Civil atual, que repete, em seu art. 1228, a mesma dicção do art. 524, apenas com a substituição da palavra direito pela palavra faculdade e o acréscimo da hipótese da detenção também como ensejadora da possibilidade da ação reivindicatória.

É verdade que, nos parágrafos subseqüentes o Código realiza uma verdadeira adequação daquela idéia geral e tendente a garantia de interesses do proprietário às exigências constitucionais e à funcionalização da propriedade, vista sob o princípio da socialidade, indicando exigências que se cobram da propriedade, em cumprimento de sua função social.

⁷⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade.....cit.*, p. 104.

2.5 A FUNÇÃO SOCIAL INESCAPÁVEL DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Todo este arcabouço individualista, todavia, não pode resistir à força do pensamento de socialização do direito, especificamente deste enorme pilar do direito privado, o direito de propriedade.

À conta de evidências incontrastáveis, o pensamento basicamente romano a respeito do direito de propriedade teve que ceder lugar a novas idéias. Deu-se uma verdadeira evolução no caminho da propriedade enquanto *plena in re potestas* para uma nova idéia de propriedade função.

Na verdade, conforme bem lembrado por EROS ROBERTO GRAU⁷⁵, deu-se a

“revanche da Grécia sobre Roma, da filosofia sobre o direito: a concepção romana, que justifica a propriedade por sua origem (família, dote, estabilidade de patrimônios), sucumbe diante da concepção aristotélica, que a justifica por seu fim, seus serviços, sua função”.

A figura adotada pelo autor é absolutamente própria, uma vez que Roma buscava, antes de tudo, a proteção de seus cidadãos, de sua nobreza, viabilizando-lhes o poder representado pelo patrimônio avantajado, só acessível a eles, ou seja, a origem justificava a propriedade, o grande acervo de bens. Já para o povo grego, mais afinado com o pensar filosófico, os bens não se justificavam por sua origem, mas por sua finalidade. A razão filosófica, ainda que não fosse a razão política, apontava para a justificação da propriedade por

⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. Função social da propriedade (Direito econômico). In : *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 39, p. 17.

sua finalidade, seus serviços, sua utilidade não apenas para o seu titular para a sociedade.

A categoria da função social, nas palavras de RODOTÁ⁷⁶ precisa ser apreendida em seu conceito, sua autonomia científica, a fim de que possa atuar dentro de outro conceito (o de direito subjetivo) o suficiente para não se reduzir ao entendimento de que se resume a meras motivações morais, ideológicas ou políticas.

Fatos sociais e históricos levaram o século XX a assistir a uma intervenção estatal nas atividades econômicas, com a conseqüente redução da liberdade e da autonomia privada, vistas, de repente, sob as limitações impostas por normas de ordem pública.

Chegou-se mesmo a demonstrar que o caminho seguido pela propriedade, de certa forma acompanhou o caminho desenvolvido pela política, isto é, a passagem de uma democracia em que, no mundo antigo, a cidadania se restringia aqueles titulares de bens patrimoniais para uma democracia moderna na qual a cidadania é assegurada a todos. E não apenas isto, mas o Estado passou a ter a função de garantir as bases de ordem material necessárias ao desenvolvimento da personalidade da pessoa, dispondo, para tanto, mediante mecanismos como as políticas fiscal e tributária, diretamente, das riquezas privadas.⁷⁷

Relevantíssimo, também, como acentuado pela doutrina em geral, o papel desempenhado pela Igreja Católica, no reconhecimento da necessidade de se

⁷⁶ RODOTÁ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Traducción y prólogo de Luiz Diez-Picazo. Madrid: Civitas, 1986. p.212.

⁷⁷ GAMBARO, Antonio. "La proprietà" In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo (Dirs.) *Trattato di diritto privato*. Milão: Giuffrè, 1990, p. 88.

estabelecer, por motivos econômicos e éticos, uma adequação do conteúdo da propriedade às novas relações sociais.

Realmente, sob o influxo das idéias tomistas do bem fecundo e do bem comum, traduzidas contemporaneamente nas noções de produtividade e de bem-estar social, as diversas Encíclicas papais, cujos excertos e idéias centrais já foram citados no capítulo 1.4, deste trabalho, razão de sua não repetição, demonstraram que

“a propriedade não é uma função social a serviço do Estado, pois que assenta sobre um direito pessoal que o próprio Estado deve respeitar e proteger. Mas tem uma função social: está subordinada ao bem comum. É um direito que comporta obrigações sociais”⁷⁸

Até porque não existe antinomia entre função social da propriedade e a faculdade de usar, gozar e dispor dos bens. O pensamento que estabelece indisposição entre faculdades tradicionais do domínio e a função social assim o faz porque não consegue entender que a função social, em sua autonomia conceitual atua dentro de outro conceito: o de direito subjetivo. Ocorre que uns desejam enfatizar a autonomia do direito público e outros a do direito privado, no que respeita ao direito de propriedade, deslembrados de que, embora na fonte, seja de origem privada, a propriedade, todavia, é interpenetrada por conceito e motivação públicos, de bem estar coletivo, estabelecendo-se uma proveitosa simbiose, da qual a propriedade não pode escapar.

De qualquer maneira, o certo é que, vendo e proclamando a constitucionalização do direito civil ou a publicização do direito privado, de um lado, ou, por outro lado, entendendo que a função social tem raízes no próprio

⁷⁸ ARAÚJO, Telga de. Função social da propriedade. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 39, p 7-8 . Cfr. ainda Encíclicas Rerum Novarum, Leão XIII, Quadragésimo Anno, Pio XI, Mater et Magistra, João XXIII e Populorum Progressio, Paulo VI.

direito privado, competindo ao direito público a fixação de parâmetros, segundo as necessidades sociais do momento, para que tal função se execute, de modo a se reconstruir o direito privado, a função social se mostrou tão necessária e fecunda que, não importando a vertente do pensamento jurídico adotado, acabou por envolver as instituições de direito privado, não podendo escapar de tal influência a propriedade, até pela sua importância capital entre os institutos que configuram o direito privado.

Sendo assim, caminhamos para um afinilamento temático, que nos conduz diretamente ao estudo da função social da propriedade, uma vez que nele e em torno dele giram fatores de relevância vital à compreensão da relação proprietária, conforme desejamos que seja visualizada, buscado, nesta parte, o apoio do pensamento jurídico estrangeiro, além da vigorosa corrente doutrinária nacional que trata do assunto.

CAPÍTULO III

A QUESTÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

3.1 A IDÉIA CONCEITUAL DE FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Parece fora de qualquer dúvida que, hoje, a mais importante constatação a respeito do direito de propriedade seja a da importância fundamental da função social que não só deve ser por ela atingida, mas que integra a essência de seu conceito. Há quem defenda que a propriedade tem uma função social, que deve ser efetivada, assim como há aqueles que a declaram uma função social.⁷⁹

Mas, de começo, esta passagem importante de André Osório Gondinho, onde se ressaltam, com certa e justificada preocupação, o desconhecimento mais ou menos generalizado do conceito substancial da função social da propriedade e a razão deste fato.

Assim o proclama o mencionado autor:

“Este quadro, em grande parte, se explica pelo alarmante desconhecimento do verdadeiro alcance do princípio da função social da propriedade e sua integração com a própria estrutura do direito de propriedade. Não é raro, apesar da boa produção científica existente, encontrar-se, no meio jurídico, a idéia de que o princípio da função social da propriedade não passa de mera norma programática, de eficácia limitada, conteúdo impreciso, sem força cogente para regular condutas sociais.”⁸⁰

Mais adiante, alude o mesmo autor que “a função social da propriedade é princípio normativo de conteúdo certo e determinado pela Constituição Federal, parte integrante e inseparável da estrutura do direito de propriedade.”⁸¹

⁷⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico...* cit., p. 145, PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*. Camerino: Jovene, 1971, p. 77.

⁸⁰ GONDINHO, André Osório. Função Social da Propriedade, in *TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 p. 397.

⁸¹ GONDINHO, André Osório. Função social...cit. in *TEPEDINO, Gustavo. Problemas... cit.*, p. 398

Conforme Luiz Edson Fachin⁸², a função social da propriedade imobiliária corresponde a “uma formação contemporânea da legitimação do título que encerra a dominialidade”.

Em trecho lapidar escreve Giselda Hironaka:

“Tudo defluiu suavemente na doutrina de Santo Tomás: a circunstância de decorrer o direito de propriedade do direito natural; a circunstância de que o homem, exatamente para sobreviver, urge se alimentar; a circunstância de que esta necessidade básica deriva da produção levada a cabo pelo homem sobre a terra; a circunstância de se compreender que a sociedade justa é aquela que garante a todos pelo menos o essencial, ainda que compreenda ser legítimo o fato de que alguns possuam mais que os outros, desde que a estes últimos não escasseie o vital.

Eis a função social entendida como essência qualitativa do direito de propriedade, a exigir dela a produção, sua atribuição primeira, com a intenção justa, divina e única de permitir a sobrevivência da humanidade”.⁸³

É certo, todavia, que, mau grado as dificuldades decorrentes dos problemas conceituais, dos limites que devem ser impostos à formação de uma idéia conceitual, assim como as resistências que sutilmente ou abertamente se apresentam, publicistas e privatistas vêm, aos poucos, demonstrando a impossibilidade de se formar uma idéia conceitual contemporânea do direito de propriedade sem que nela se insira completamente, como elemento substancial, de sua estrutura mesma, a função social.

Mesmo o caráter individualista da propriedade, ainda presente, não consegue impedir que aflore nela a função social. Di-lo, entre os publicistas, por

⁸² FACHIN, Luiz Edson. A cidade nuclear e o direito periférico: reflexões sobre a propriedade urbana, in *Revista dos Tribunais*, vol. 743:109.

⁸³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato, in *Revista de Direito Civil*, 45:142.

exemplo, José Afonso da Silva⁸⁴, o qual reconhece que embora a propriedade esteja arrolada entre os direitos individuais,

“não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, porque os princípios da ordem econômica são preordenados, à vista da realização de seu fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.”

Com efeito, a Constituição Federal abriu espaço à função social não apenas como direito fundamental, alargando seu âmbito de ação, para abranger, como seu princípio de regência, a ordem econômica

É assim que, citada a função social em dois momentos constitucionais, em capítulos diversos da Constituição Federal, ficou escoimada de enganos e tropeços interpretativos, ocorrentes onde a expressão aparece somente no capítulo que ordena as relações econômicas. Neste último caso, o alcance da função às vezes é delimitado como apenas referente a determinadas relações econômicas, em detrimento do pensamento de outros, que enxergam sua abrangência até outros valores, acaso prestigiados pelo constituinte. A exemplo, as constituições portuguesa e italiana, respectivamente em seus arts. 62 e 42⁸⁵.

De outra parte, mesmo os que discordam desta publicização, de par com a discordância manifestam sua crença na função social como, ainda que assentada apenas no dever do aproveitamento econômico, fundamento constante na

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 40.

⁸⁵ Constituição portuguesa: “ Art. 62º. (Direito de propriedade privada).

1.A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.

2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efetuados com base na lei e mediante o pagamento de justa indenização.”

Constituição italiana: “Art. 42. A propriedade é pública ou privada. Os bens econômicos pertencem ao Estado, ou a entidades, ou a particulares.

A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina as suas formas de aquisição, de posse e os limites , no intento de assegurar sua função social e de torna-la acessível para todos.”

evolução das relações jurídicas reais, expressão da humana necessidade econômica de sobrevivência – humana condição. Tal situação, só por um breve momento na história de seu aparato jurídico apartou-se do papel de fundamento legitimador do direito, cedendo ao contexto ideológico que priorizava o valor da liberdade absoluta como prioridade de mercado.

Tal momento, passageiro, logo cedeu lugar às exigências da falada humana condição da destinação econômica dos bens, seu aproveitamento em benefício da coletividade, ressurgindo, agora, sob a fórmula da função social, elemento que se insere no conteúdo do direito subjetivo, o qual é a fórmula jurídica do ideário liberal.⁸⁶

Fica evidenciado que a função social não se resume à regra programática, como se possa pensar, mas integra a essência do instituto, assentada na concretude da situação proprietária, levadas em conta o papel desempenhado pelo sujeito proprietário, seja nas suas relações com os demais sujeitos sociais, seja em relação ao bem apropriado, observadas neste as características particulares que norteiam o exercício dos poderes proprietários sobre ele incidentes. Embora a teorização do princípio, a função social da propriedade está sempre ligada a uma visão concreta das relações humanas alcançadas pelo fenômeno proprietário. Parece claro que, embora a norma estabeleça os balizamentos necessários, o objetivo da função social será sempre a melhor utilização social da propriedade.

Resta, assim, sem propósito firme, a alegação de que a função social da propriedade é uma fórmula vaga, traduzindo um princípio geral, mas sem arrolar e impor os comportamentos proprietários específicos, o que continuaria a manter

⁸⁶ VARELA, Laura Beck. Das propriedades... in: MARTINS-COSTA, Judith (Org.) *A reconstrução do direito...* cit., p. 731-733.

o modelo proprietário liberal que combate, uma vez que a impossibilidade de um entendimento unívoco não lhe tira a efetividade.

Realmente, a medição a priori da utilidade social de certos comportamentos, de certas situações torna-se, se não impossível, ao menos prejudicial, por incompleta, exigindo-se da parte do seu aplicador constante atuação interpretativa das circunstâncias e reconstrutora de seu entendimento no caso concreto. O que se aplica aí é a similitude do procedimento operativo da função social com o de outras cláusulas gerais, como o da boa-fé objetiva ou boa-fé conduta, conforme acentua ORLANDO GOMES⁸⁷.

Esta margem de indeterminação se torna, todavia, cada vez menos relevante, quando se observa que, sendo princípio elástico, como aponta RODOTÀ⁸⁸ na reconstrução permanente de sua compreensão podem ser levados em conta todos os elementos presentes no sistema, para determinar sua operatividade também nas situações mais particulares ou específicas.

Por isto que, como anota EROULTHS CORTIANO JUNIOR, com base em RODOTÀ e PERLINGIERI, a superação da indeterminação do conteúdo da função social parte do fato de que o direito de propriedade não é mais auto-referente e, portanto, não é individualístico, de tal modo que a operacionalização da função social terá como impulso, medida e orientação os valores eleitos como relevantes pela sociedade em seu pacto político⁸⁹.

É por isto, por certo, que Gustavo Tepedino, ao analisar os arts. 1º e 5º da Constituição Federal neles encontrou a solução para a pretensa inviabilidade

⁸⁷ GOMES, Orlando. *A função social da propriedade: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Ferrer Correia. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 2, 1989. Número especial, p. 432.

⁸⁸ RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto...* cit., p. 267.

⁸⁹ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico...* cit., p.148-149.

operacional da função social, verbis: “[...] tais dispositivos fazem com que a função social da propriedade tenha conteúdo constitucionalmente determinado, a guiar o intérprete nos conflitos de interesses”.⁹⁰

Acresça-se mais que a função social, ao romper com a antiga dicção abstrata do conceito adotado para o direito de propriedade, insere este instituto nas situações proprietárias concretas, levando o operador do direito à reflexão específica para aquela hipótese, sem deixarmos de lado a evidência de que, não determinado, de modo perfeito e acabado, o conceito de função social, fica o mesmo aberto às adequações mais do que oportunas, face as modificações sociais adotadas pela comunidade.

Importante a observação de que, embora pareça que a função social sobrevém à propriedade para destruí-la enquanto direito subjetivo, como se fora um golpe mortal contra o proprietário e sua liberdade de escolher os meios como pretende exercer as faculdades inerentes ao seu título, não é bem assim que acontece.

GONDINHO⁹¹ assevera que:

“A função social da propriedade, embora represente um freio ao exercício anti-social da propriedade, não lhe retira todo o seu gozo e exercício, pelo contrário, muitas vezes é ela a mola impulsionadora do exercício da senhoria, pois representa uma reação contra os desperdícios da potencialidade da mesma. Isto significa que a propriedade, embora concedida e tutelada na forma de sua função social, continua sendo direito subjetivo de seu titular e em seu proveito estabelecida.”

⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil . In: _____(Coordenador) *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 15.

⁹¹ GONDINHO, André Osório. *Função social da propriedade*, cit., p. 418.

É de se ver, portanto, que não se conspira contra o direito de propriedade privada, que é soberanamente assegurado pela Constituição. O que se faz, exatamente em cumprimento de outro dos seus mandamentos, é buscar dar à propriedade privada uma outra dimensão, abandonando as velhas idéias extremamente individualistas e que observavam apenas os interesses do sujeito proprietário para, tornando menos abstratas as relações proprietárias, visualizá-las em face dos demais sujeitos não proprietários, de modo concreto, avaliando seus reais benefícios em favor da comunidade.

3.2 FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS. O PAPEL DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Sem embargo da já demonstrada falta de univocidade na utilização da palavra propriedade, ora significando o direito de propriedade, ora indicando a coisa objeto deste direito, de início há que se reconhecer que a função social existe, primeiramente, nos bens objeto do direito de propriedade, para depois se ver destacada e atingida plenamente com o exercício do direito de propriedade sobre eles, conforme o estatuto proprietário reconheça ou não a função social deste direito.

Já havíamos, em outra oportunidade, acentuado:

“A terra é, reconhecidamente, bem de produção; e o que a terra produz ou pode produzir está intimamente ligado à sobrevivência dos seres. A obrigação de fazê-lo e o modo de atingir este desiderato estão na base do campo de atuação do Direito Agrário e, conseqüentemente, no fenômeno agrário.

Começa-se com a denominada função social da terra, por alguns equivocadamente denominada função social da propriedade, em Direito Agrário, trocando o continente pelo conteúdo, pois a função social da terra é o gênero, do qual a função social da propriedade é

espécie, como o são também a função social da posse, a função social dos contratos etc.”⁹²

Muitas vezes, quando se afirma tal fato, querem alguns que se esteja pondo em oposição a função social da propriedade e a função social do bem, de tal forma que, reconhecendo uma (a do bem) estaríamos negando a outra (a da propriedade), o que, todavia, não é verdadeiro.

Cada coisa que existe na natureza tem uma função natural. Nada foi feito por acaso, e, criacionistas ou evolucionistas, temos de reconhecer que os bens da vida existentes na natureza têm uma finalidade natural, às vezes desconhecida do homem, porém tal ignorância não implica inexistência da finalidade.

Também, em qualquer das hipóteses acima, temos de aceitar que tal finalidade natural, por óbvio, nem sempre resolve o problema dos interesses do homem, enquanto indivíduo que se apropriou do bem, ou da comunidade a qual ele pertence, exigindo-se sobre a coisa apossada, faça o homem os melhoramentos que sua inteligência determina e a necessidade pede, adaptando-a, para que seja mais útil, tanto a si quanto à comunidade.

Obviamente, exercendo direito de propriedade sobre tal bem, pode o homem conduzi-lo ou não ao alcance de sua finalidade natural, sem prejuízo de finalidades econômicas e sociais que o estágio da sociedade em que se insere aquele proprietário, exige. Se o proprietário é cobrado, exigido quanto a isto, como decorrência natural do próprio direito de propriedade, então temos a função social deste instituto.

⁹² LIMA, Getúlio Targino. *A posse agrária sobre bem imóvel*, São Paulo: Saraiva, 1992, p.42.

Darci Bessone⁹³ não tergiversa a respeito, e, embora, de certa forma, concluindo apressadamente que, presente a função social, seria certa a ausência da propriedade privada como uma forma harmonizável com os interesses coletivos, motivo pelo qual, certamente, não seja adepto desta teoria, tece importantíssimos comentários a respeito da função social das coisas, com o brilhantismo de seu raciocínio privilegiado, demonstrando que as coisas têm a função social vinculada a si mesmas e não às prerrogativas, porventura egoísticas, que alguns homens entendem destinarem-se somente a eles. Diversamente, elas se encontram na natureza como meios de sobrevivência e de subsistência de todos.

“Seria fácil intuir-se, ainda que os historiadores do direito se omitissem a respeito, que, antes de qualquer formulação jurídica, já as coisas se submetiam ao poder do homem, como condição de fato, para o uso e gozo delas.

Convenha-se, contudo, em que, mesmo antes de qualquer experiência de direito, antes do Estado e do ordenamento jurídico, o homem já usava, gozava e dispunha materialmente das coisas.

Então, pode-se concluir que o poder de fato sobre as coisas preexistiu ao de direito.

Aconteceu, contudo, que os bens necessários ou úteis ao homem não se ofereceram, na natureza, em condições de uso e em quantidade bastante. A insuficiência engendraria lutas terríveis e destruidoras, se não se encontrassem formas de apropriação e uso, convenientemente disciplinadas. A escassez dos bens lhes conferiu sentido econômico e exigiu técnicas jurídicas que ordenassem e disciplinassem a posição do homem, em face da coisa, e as relações entre os homens, a respeito dela.

O poder de fato erigiu-se, assim, em poder de direito.

Surgiu, obviamente, o direito de propriedade como um produto cultural, uma criação da inteligência, considerada adequada à organização da vida em sociedade, isto é, da vida social. Seria contraditório que o direito subjetivo de propriedade fosse anterior ao direito objetivo, pois, na conhecida definição de Jhering, entende-se por direito subjetivo o interesse protegido pela lei, o que quer dizer que a sua caracterização requer, além do elemento material – o

⁹³ BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1996 p. 47

interesse, o elemento formal, que a lei, o direito objetivo, estabelece. Até porque Adolfo Merkl aponta, como condição prévia e necessária do direito subjetivo, a presença do direito objetivo, pois aquele é conteúdo deste.

Se o poder de fato sobre as coisas precedeu o direito objetivo, o direito de propriedade, como direito subjetivo, é conteúdo e fruto dele, como forma técnica de ordenamento da vida social.”⁹⁴

Tem-se, então, que a função social das coisas, possível de se verificar já no poder de fato do homem sobre elas, ao se transformar em poder de direito (direito de propriedade), pelo encontro de fórmulas que regulem as formas de apropriação e uso delas, será mantida e melhorada, mais bem adequada, ou não, conforme o estatuto jurídico da propriedade reinante na época e no local, sem se falar nos interesses econômicos e políticos, a controlarem a vida social do povo, naquela determinada situação, sem que, com isto, se tenha, necessariamente, que a propriedade nasce exatamente com a lei, ou é fruto exclusivo dela.

O que fica explicitado é que a coisa, em si, porta uma potencial função social, que se manifesta com clareza e especificidade quando o homem dela se apossa, exercendo sobre a mesma o direito possessório ou o direito proprietário, posto que, hoje, tanto a posse quanto a propriedade tem função social determinada, como princípio constitucional e é exatamente no cumprimento de tal princípio que a posse e ou a propriedade conduzem a coisa a que realize a função social que de seu desfrute se espera, já que tal desfrute opera reflexos não apenas no sujeito possuidor e no sujeito proprietário, mas também nos não possuidores e não proprietários.

⁹⁴ BESSONE, Darcy. *Direitos reais*, cit., p.52-53.

3.3 VISÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE NO DIREITO ESTRANGEIRO

3.3.1 A posição do direito italiano

Põe-se em destaque, no direito italiano, que a Constituição daquele país não inclui, à moda da Constituição francesa, o direito de propriedade entre os direitos invioláveis do homem, todavia, a Lei Maior italiana enuncia, a respeito da propriedade, dois princípios basilares que lhe servem de apoio e sustentação substancial: o da garantia constitucional da propriedade e o da função social.

Assegura-se que o princípio da função social, na verdade põe sob nova luz, sob nova iluminação, o direito de propriedade, posto que, reconhecido como está pelo texto constitucional, não ficará ao alvedrio das partes interessadas, mas somente se sujeitará à lei, que determinará os limites do direito de propriedade e o asseguramento do alcance de sua função social.

De outra parte, não há como confundir-se função social da propriedade com a noção de interesse ou utilidade pública. Na lição de Massimo Bianca as coisas ficam claras, assim:

“La nozione di funzione sociale appare più ampia di quella di interesse pubblico. Interessi pubblici sono i bisogni della collettività fatti propri dallo Stato e dagli altri enti pubblici mentre la funzione sociale va ravvisata nella sua utilità collettiva, cioè, nel vantaggio che esso apporta alla comunità generale e alle comunità locali.

La proprietà può dunque essere limitata a fine di rendere il bene vantaggioso per la comunità, favorendo il turismo, creando nuovi posti di lavoro, salvaguardando l'ambiente, incrementando la disponibilità delle case di abitazione, favorendo la produttività dei beni strumentali, ecc”.⁹⁵

⁹⁵ BIANCA, Massimo C. *Diritto Civile, VI: la proprietà*, Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1999, p. 170-185.

Tem-se também do direito italiano que a Constituição determina um acordo entre os interesses particulares e coletivos, porém ressalva que somente a lei poderá determinar as bases ou as linhas deste acordo, ficando certo que a previsão da função social da propriedade não se insere no conteúdo do direito de propriedade, na sua própria definição, posto que, inclusive, impõe-se a necessidade de uma identificação prévia de quais os bens suscetíveis de uma função social, determinando-se os limites de tal situação.

É bastante claro que, para o pensamento jurídico de BIANCA, o direito de propriedade não pode chegar ao extremo de se deixar determinar ou de deixar determinar o seu conteúdo, em relação a um interesse externo, que não o do proprietário.

É, ainda, seguindo o pensamento de Bianca que se tira a conclusão de que, mesmo não incluída entre os direitos fundamentais da pessoa humana, a propriedade resta garantida e assegurada pela Constituição italiana. Aliás, pode-se constatar um duplo significado desta garantia. Primeiramente, é o asseguramento da propriedade privada como instituto, até como resposta do Estado italiano ao pensamento comunista, que não admitia tal instituto quanto aos bens de produção. Para tanto, tal garantia se manifesta na inconstitucionalidade de qualquer norma que tenda a abolir o direito de propriedade. A segunda etapa da garantia seria no sentido de que a expropriação somente poderia acontecer, com estrita obediência à disposição legal, inclusive protegida a propriedade contra limitações legais abusivas.

Tradução livre: “A noção de função social se mostra mais ampla do que aquela de interesse público. Interesses públicos são as necessidades da coletividade, questões . próprias do Estado e de outros entes públicos ao passo que a função social se acha reconhecida.na sua utilidade coletiva, isto é, na vantagem que isto traz à comunidade geral e à comunidade local.

A propriedade pode .portanto ser limitada a fim de render o bem vantajoso para a comunidade favorecendo o turismo, criando novos postos de trabalho, salvaguardando o ambiente, incrementando a disponibilidade dos casos de habitação, favorecendo a produtividade dos bens instrumentais etc.”

Deste modo, a lei limitadora teria que traçar o seu perfil, sempre considerando o seu objetivo: a condução do bem à efetiva concretização de sua função social, respeitado um conteúdo mínimo da propriedade, que não poderia jamais ser desatendido.

Aliás, o texto do art. 42 da Constituição italiana não deixa dúvidas, nas suas primeira e segunda parte, verbis:

“Art. 42. – A propriedade é pública ou privada. Os bens econômicos pertencem ao Estado, ou a entidades ou a particulares.

A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina as suas formas de aquisição, de posse e os limites, no intento de assegurar sua função social e de torná-la acessível a todos.”

Como observa, todavia, CARLEI⁹⁶ as diferenças interpretativas não se concentraram apenas na compreensão que se deveria dar ao significado da reserva legal do art. 42.2 da Constituição italiana, mas também alcançam a noção de função social.

É que tal conceito, até antes do surgimento da Constituição, havia permanecido apenas num plano doutrinário e agora passara a suscitar graves discussões que refletem e agravam as divergências a respeito do conteúdo do seu artigo 42.

Acentua que a assinação de um significado preciso à expressão função social encontra sério obstáculo no fato de a mesma não portar um sentido unívoco nem ser suscetível de uma fácil interpretação técnica.

⁹⁶ CARLEI, Gian Franco. La propiedad en la Constitución italiana. Trad. de Tomás Rubio Garrido. In: BARNÉS, Javier. (Cordinador) *Propiedad, expropiación y responsabilidad (La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado)*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p.204.

De sua parte, RODOTÀ⁹⁷, analisando a função social, do ponto de vista histórico, vê que a mesma serve para estabelecer uma dimensão na qual o crescimento da compressão dos poderes dominiais, como consequência das pressões do Estado, esteja acompanhada da necessidade de se atenderem a interesses públicos no sentido amplo, de modo diverso do modelo tradicionalmente usado. Já do ponto de vista conceitual, a função social põe em dúvida um dos assentos da dogmática privatística que é o do direito subjetivo modelado sobre a estrutura da propriedade absoluta. E, finalmente, do ponto de vista ideológico, abre a discussão sobre se é possível realizar efetivamente interesses sociais sem eliminar totalmente a propriedade privada dos bens, ao menos os de produção.

Outros se preocupam com a indeterminação conceitual da função social, talvez prejudicial ao seu efetivo exercitamento, porém a resposta vem de imediato e se sustenta no fato de que esta indeterminação, na verdade, permite uma adequação às mutações sociais, de modo que a propriedade é valorada in concreto e não in abstrato:

“Indubbiamente si tratta di concetti generici che possono, nell’evoluzione Del tempo, assumere contenuti diversi, ma oggi, nell’attuale momento storico, nell’attuale contesto dell’ordinamento giuridico, questi concetti assumono significati precisi. Nell’ambito di una disciplina regolamentare, specifica sulle singoli ipotesi di proprietà, la nozione di “funzione sociale” svolge un suo ruolo giuridico oltre che político: l’attività della proprietà va valutata in concreto non in astratto, in relazioni allo stabilirsi di più equi rapporti sociali.⁹⁸

⁹⁷ RODOTÀ, Stefano. *El terrible derecho*, cit., p. 325

⁹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problemática della “propriedad”*. Camerino: Jovene, 1971, p. 77
Tradução livre: “Indubitavelmente, trata-se de conceitos genéricos, que podem, na evolução do tempo, assumir conteúdos diversos, mas hoje, no atual momento histórico, no atual contexto do ordenamento jurídico, estes conceitos assumem significados precisos. No âmbito de uma disciplina reguladora, específica sobre hipóteses singulares de propriedade, a noção de ‘função social’ desenvolve um seu lugar jurídico assim como político: a atividade da propriedade é valorada em concreto e não em abstrato, em relação ao estabelecimento de iguais relações sociais.”

Finalmente, um importante aspecto a ser analisado é o da criação de um direito constitucional de propriedade, uma propriedade constitucional. Por exemplo, Antônio Iannelli⁹⁹ escreve todo um capítulo sobre a constitucionalização do instituto da propriedade, além de demonstrar que o papel do legislador ordinário não é o de criar princípios, mas, apenas o de, considerando a elasticidade da função social, poder estabelecer regras que minimizem a fratura, a separação muitas vezes presente entre a realidade jurídica e a realidade social. Por isto que entende que a Constituição, na verdade, identificou uma propriedade diferente do instituto contido na lei civil, uma espécie de *new property*, mencionada no direito norte-americano. O tema é difícil e com isto não concorda boa parte do pensamento civilista italiano, que considera tal hipótese conflitante com o ditado constitucional da Itália, o qual, como visto, em seu art. 42, parece remeter ao legislador ordinário todo o papel configuratório da feição da propriedade, em busca do respeito à sua função social.

3.3.2 O entendimento do direito francês

Diferentemente da doutrina italiana, a francesa, figurada no pensamento de Marc Frangi, mostra um direito de propriedade integrando o elenco das prerrogativas individuais do cidadão, na esteira do pensamento firmado na Revolução Francesa, *verbis*:

“Le droit de propriété a figuré dès l’origine dans le texte constitutionnel comme une prérogative individuelle devant bénéficier d’une protection fondamentale tout particulièrement renforcée. Il a continué à bénéficier d’une telle sacralisation dans la presque totalité des constitutions françaises (l’exception de celle de 1875 que était

⁹⁹ IANNELLI, Antonio. *La proprietà costituzionale*. Camerino: Edizione Scientifique Italiane, 1980., p. 196 e 289-367.

totalemment dénuée de préambule ou de proclamation ou de principes).”¹⁰⁰

Na observação deste autor, no entanto, não ficava o Estado impossibilitado de se apropriar de tais bens, móveis ou imóveis, por vias como a reaquisição, a expropriação ou a nacionalização, sempre mediante pagamento em dinheiro ou in natura, no valor correspondente ao prejuízo sofrido pelo proprietário.

Verifica-se que, embora os termos particularmente fortes da Constituição francesa a respeito do direito de propriedade, inclusive com menções à Constituição Montagnarde, à Constituição Thermidorienne e à própria Declaração de 1789, vê-se que, na realidade, tem havido uma atenuação prática dos mesmos.

Tenha-se em mente que o tema propriedade, muitas vezes, é tratado com certas e fortes doses de paixão. E, com fortíssimas razões, tal aconteceu na França, de tal modo que, inclusive, aparece na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e depois na maior parte dos textos constitucionais. Relata-se que, em documentos da época, vê-se o termo propriedade substituindo fraternidade, na formação do lema: *Liberdade, Igualdade e Fraternidade*.

Frangi relembra este texto de Maximilien de Robespierre:

“La première loi sociale est [...] celle qui garantit a tous les membres de la société les moyens d’exister; il ne pas vrai que la propriété puisse jamais être en opposition avec la subsistence des hommes [...]

¹⁰⁰ FRANGI, Marc. *Constitution et droit privé: Les droits individuels et les droits économiques*, Segunda Parte, Título II, caps. I/II, Conclusão Geral. Marseille: Presses Universitaires D’Aix, 1992.

Tradução livre: O direito de propriedade figurou desde a origem no texto constitucional como uma prerrogativa individual, devendo se beneficiar de uma proteção fundamental toda particularmente reforçada. Ele continuou a se beneficiar de uma tal sacralização, na quase totalidade das constituições (à exceção daquela de 1875 que era totalmente desprovida de preâmbulo, ou de proclamação ou de princípios).

Tout ce qui est indispensable pour conserver (la vie) est une propriété commune a la société entière Il n'y a que l'excédent qui soit une propriété individuelle".¹⁰¹

Dele se constata que, mesmo não lançado no corpo escrito da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 agosto de 1789, no espírito dos subscritores dela, estavam bem presentes, e eles bem sabiam os limites que se poderiam opor à propriedade, em nome do interesse geral.

Assim, no direito francês, a propriedade tem natureza constitucional, tendo-se por muito antiga a idéia de proteger a propriedade privada das espoliações impostas pelo poder público e de garantir o interesse geral contra a cupidez e o egoísmo dos particulares.

Não se pode negar, também, que o estatuto constitucional da propriedade privada tem sido objeto de estudos freqüentes e considerável desenvolvimento, como menciona BON.¹⁰²

Hoje, na França, ninguém discute o status constitucional do direito de propriedade.

E embora a genialidade de DUGUIT, já em 1912, houvesse negado a natureza de direito subjetivo à propriedade, desfazendo a idéia de direito absoluto da propriedade e destacando nela uma missão eminentemente social, a ser cumprida por seu titular, em notáveis seis conferências proferidas em Buenos

¹⁰¹ ROBESPIERE, Maximilien de. Apud FRANGI, Marc. *Constitución et droit privé*, cit., Segunda Parte, Título II, caps. I/II, Conclusão Geral.

Tradução livre: "A primeira lei social [...] aquela que garantiu a todos os membros da sociedade os meios de existir, não dará por verdadeiro que a propriedade possa jamais estar em oposição para com a subsistência dos homens. Tudo aquilo que é indispensável para conservar (a vida) é uma propriedade comum à sociedade inteira".

¹⁰² BON, Pierre. El estatuto constitucional del derecho de propiedad. Traducción de Eulalia Wladimir Petit. In: BARNÉS, Javier. *Propiedad, expropiación y responsabilidad*. (*La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado*). Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p.175.

Aires,¹⁰³ tendo afirmado também, em passagem muito citada, que a propriedade sequer era um direito, mas uma riqueza protegida pelo direito objetivo, uma função social do detentor da riqueza, cuidando porém de restringir a noção de propriedade função aos bens de produção¹⁰⁴, o certo é que o tema é tratado hoje, validamente, apenas sob o prisma que lhe imprime a Constituição.

O problema com que se depara o pesquisador, no entanto, é que a Constituição francesa de 1958 em todo seu articulado (arts. 1º a 92) demonstra ausência quase total de disposições relativas aos direitos fundamentais. Assim, com referência ao direito de propriedade, se limitou a estabelecer o princípio da reserva legal, ínsito no art. 34, nestes termos:

“Art. 34. La loi est votée par le Parlement.

.....
 La loi détermine les principes fondamentaux:

 ...du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales;¹⁰⁵

Daí, como observa BON,¹⁰⁶ exsurgem dois problemas: primeiro, é válido entender que o reconhecimento indireto que no preâmbulo se faz declaração da vinculação do povo francês aos direitos humanos e ao princípio da soberania nacional, tais como se encontram definidos na Declaração de 1879, confirmada e completada pelo preâmbulo da constituição de 1946 tem o poder de fazê-los integrarem efetivamente o dito preâmbulo e, segundo, se, mesmo assim

¹⁰³ DUGUIT, Leon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*. 2ªed. Madrid: Francesco Beltrán, 1920.

¹⁰⁴ DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*, Paris: Fontemoing, 1927, vol. 1 p. 91.

¹⁰⁵ Tradução livre:

“Art. A lei é votada pelo Parlamento.

.....
 A lei determina os princípios fundamentais:

.....
 ...do regime da propriedade, dos direitos reais e das obrigações civis e comerciais.”

¹⁰⁶BON, Pierre. El estatuto constitucional...in BARNÉS, Javier (Cordinador) *Propiedad, expropiación...* cit., p. 176

entendido, tais textos têm o mesmo valor constitucional que o articulado da Constituição, em si, ou são apenas uma declaração de princípios, desprovida de valor jurídico, e, portanto, vinculante do comportamento social.

Daí a enorme importância das formulações do Conselho Constitucional francês a este respeito, destacando-se as de 1982 e de 1989.

A formulação de 1982 resgata as duas menções que ao direito de propriedade faz a Declaração de 1879. A primeira, do art. 2, para incluí-la entre os direitos naturais e imprescritíveis do homem e a segunda, do art. 17, de que a propriedade é um direito sagrado e inviolável. Relembra a rejeição do povo francês, em 1946, a um Projeto de Constituição que incorporava princípios relativos à propriedade diferentes dos da Declaração de 1789, como, por exemplo, o de que o proprietário não poderia exercer seu direito contra a utilidade social.

Deste modo, embora reconhecendo que entre a realidade de 1789 e a situação atual haja sensíveis diferenças, quanto ao exercício do direito de propriedade, os princípios contidos na Declaração de 1789 têm valor constitucional, embora se saiba que, nos termos do parágrafo nono do Preâmbulo da Constituição de 1946 se declare que qualquer bem ou qualquer empresa cuja exploração seja ou possa se tornar um serviço público deve converter-se em propriedade da coletividade.

A formulação de 1989, com pequenas alterações, continua a reconhecer o valor constitucional do direito de propriedade, embora estime que, em razão da evolução que caracterizou o direito de propriedade é que se deverá entender a

afirmação que faz o Preâmbulo da Constituição de 1958, a respeito de seu valor constitucional¹⁰⁷.

3.3.3 O posicionamento do direito alemão

Sem prejuízo do fato de que o Código Civil alemão trata da propriedade a seu próprio modo, a questão que mais interessa nosso estudo está ligada à função social da propriedade, a qual vem expressamente evidenciada na Constituição alemã, no art. 14. I, incisos 1 e 2, principalmente este último, verbis:

“Art. 14. I LF:

1. Se garantizan la propiedad y la herencia. El contenido e los límites se determinan por las leyes.
2. La propiedad obliga. Su uso debe servir asimismo al bien común.”¹⁰⁸

Aliás, a verdade é que o conceito constitucional de propriedade, embora não se possa dizê-lo fixado no texto da Lei Fundamental, não se identifica nem se ajusta ao conceito constante do Código Civil, di-lo KIMINICH¹⁰⁹, invocando inclusive decisão do Tribunal Constitucional Federal, na qual se declara que, para se determinar o conceito de propriedade assumido pela Lei Fundamental seria necessário levar-se em conta o instituto jurídico da propriedade, conforme delineado pelo Código Civil e pelas concepções sociais.

¹⁰⁷ BON, Pierre. *El estatuto constitucional*, cit., p. 177-178

¹⁰⁸ Tradução livre:

1. São garantidas a propriedade e a herança. O conteúdo e os limites são determinados pelas leis.
2. A propriedade obriga. Seu uso deve servir, por isto mesmo, ao bem comum.

¹⁰⁹ KIMINICH, Oto. La propiedad en la Constitución alemana. Traducción de Manuel Medina Guerrero. In: BARNES, Javier (Cordinador). *Propiedad, expropiación y responsabilidad (La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado)*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 173.

De qualquer modo, o mesmo autor revela que no direito alemão os incisos do art. 14 da Lei Fundamental (limites da propriedade e função social) não são meras declarações programáticas, mas são direito imediatamente aplicável, de tal arte que tal dispositivo impõe deveres ao proprietário que, se não cumpridos, podem comprimir-lhe o direito de dispor livremente da coisa e impedir a ingerência dos outros, assim como é fórmula muito mais abrangente do que aquela mencionada no art. 903 CC alemão, ao limitar a livre disposição e uso da coisa, desde que não ofenda a lei ou aos direitos de terceiros.¹¹⁰

Aliás, Erwin STEIN, jurista e magistrado do Tribunal Constitucional Federal, diante do impacto da função social sobre o direito de propriedade chegaria a seguinte conclusão:

“En el moderno Estado social la vinculación social ha experimentado un aumento de sus funciones em relación con el Estado de Derecho liberal. Por ello, a pesar de su igual tenor literal, la función social en la Ley Fundamental tiene otro significado que en la constitución de Weimar”.¹¹¹

3.3.4 A concepção do direito espanhol

Interessante a análise da posição do direito espanhol a respeito do direito de propriedade, à conta de alguns aspectos relevantes por ele adotados, a partir da compreensão de que a função social integra a substância conceitual do direito.

¹¹⁰ KIMINICH, Oto. La propiedad en la Constitución alemana, cit., p. 174.

¹¹¹ STEIN, Erwin. *Zur Wandlung des Eigentum shegriffs*, en *Festschrift für Gebhard Müller*. Tübingen, 1979, p. 526, apud KIMICH, Oto, La propiedad en la Constitución alemana, cit., p. 156.

Realmente, o Tribunal Constitucional espanhol, em diversas oportunidades se manifestou reconhecendo este conteúdo do direito de propriedade, alude Javier Pardo Falcón.¹¹²

Refere o citado Autor a duas situações em que o Tribunal Constitucional teve que tratar da delicada questão do limite do limite, isto é, reconhecido que a função social estabelece limites ao individualismo proprietário, até que ponto poderia atuar este limite, sem descaracterizar ou desfigurar o direito em si.

Numa primeira oportunidade, incidentalmente, o Tribunal não teve dúvidas em conferir, em termos gerais, à função social, valor mais alto do que à propriedade, todavia, quando chamado a abordar abertamente o tema do conteúdo constitucional do direito de propriedade e da função social, como limite do mesmo, não tardou em precisar o alcance da função social, com uma nova formulação jurisprudencial, que é o complemento da primeira, desta forma:

“Es cierto, en cualquier caso, que la traducción institucional de tales exigências colectivas [las derivadas de la función social] *no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho* [...]. La referencia [...] habra de buscarse en el contenido esencial mínimo de la propiedad privada entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, *sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir mas allá de lo razonable*”¹¹³

¹¹² FALCÓN, Javier Pardo. El tribunal constitucional y la propiedad. In BARNES, Javier. *Propiedad, expropiación y responsabilidad (La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado)*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995 p. 67-69.

¹¹³ Tradução livre: “É certo, em todo caso, que a tradução institucional de tais exigências coletivas [as derivadas da função social] não pode chegar a anular a utilidade meramente individual do direito [...]. A referência [...] haverá de ser buscada no conteúdo essencial mínimo da propriedade privada entendido como a reconhecibilidade de cada tipo de direito dominial no momento histórico de que se trate e como praticabilidade ou possibilidade efetiva de realização do direito, sem que as limitações e deveres que se imponham ao proprietário devam ir além do razoável.”

JAVIER PARDO FALCON¹¹⁴ observa que, primeiramente, o Tribunal buscou recordar a doutrina anteriormente expressa a respeito do conteúdo dos direitos fundamentais, começando pela observação da necessidade de, primeiro, reconhecimento do direito como pertencente ao tipo descrito na lei e, do outro lado, a proteção efetiva, material dos interesses juridicamente protegidos que dão vida aos mesmos.

Alude também à conhecida teoria alemã do caráter duplo dos direitos fundamentais: como garantia institucional e como direito subjetivo, teoria da qual o direito de propriedade constitui um caso paradigmático.

Na outra ponta do tema, tratando especificamente do direito de propriedade, conforme visto no constitucionalismo e especialmente na Constituição espanhola, leciona Javier BARNÉS¹¹⁵ escreve

“La función social del derecho de propiedad delimitará su contenido, afirma gráficamente el art. 33.2 CE.; esto es, le dará la medida, conformará su contenido. La función social constituye el espíritu interno del derecho de propiedad. Representa una suerte de título habilitante para disciplinar el régimen jurídico de cada forma de propiedad al tiempo que constituye la medida y el criterio básico para delinear desde su interior cuál sea el conjunto de deberes y facultades que lo integran, de modo que se asegure un ejercicio social del derecho¹¹⁶.”

Neste mesmo diapasão, segundo o qual, embora o texto do art. 348 do Código Civil espanhol, diretamente influenciado pelo art. 544 do Código Civil

¹¹⁴ FALCÓN, Javier Pardo. El tribunal constitucional y la propiedad. In BARNES, Javier. *Propiedad, expropiación y responsabilidad (La garantía indemnizatoria en el daearecho europeo y comparado)*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995 p.67-68.

¹¹⁵ BARNÉS, Javier. El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978. In: _____ (Cordinador) *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 40-41.

¹¹⁶ Tradução livre: “A função social do direito de propriedade delimitará seu conteúdo, afirma graficamente o art. 32.2 CE, isto é, dará sua medida, conformará seu conteúdo. A função social constitui o espírito interno do direito de propriedade. Representa uma espécie de título habilitante para disciplinar o regime jurídico de cada forma de propriedade ao tempo em que constitui a medida e o critério básico para delinear, a partir de seu interior, qual seja o conjunto de deveres e facultades que o integram, de modo que se assegure um exercício social do direito”.

francês, há que se dimensionar uma nova propriedade, sob o influxo do texto constitucional espanhol, marcada pela função social, deixada de lado, portanto, a leitura liberal do título da propriedade no Código Civil, o pensamento, entre outros, por exemplo de Vicente L. Montés¹¹⁷, absolutamente comprometido com a realidade constitucional espanhola, a qual, por sua vez, acena com um direito de propriedade submisso ao cumprimento de sua função social, desvestido do caráter individualista e repersonalizado, em sua dinâmica.

3.4 A SITUAÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

3.4.1 O tema visto pelo Código Civil anterior

O Código Civil brasileiro, de 1.916, é, sem dúvida, e na avaliação de autoridades imparciais, um verdadeiro monumento legal.

O gênio de Clóvis Bevilacqua conseguiu sintetizar as grandes correntes do pensamento jurídico de então, formulando um texto de quase impecável tessitura, mormente após as observações e correções que o Senador Rui Barbosa apôs a ele, principalmente no aspecto lingüístico, com o fulgor de sua também genial inteligência, não sendo desusado lembrar que a Réplica, de Rui Barbosa, e a Tréplica, de Ernesto Carneiro Ribeiro, se constituíram em obras de consulta obrigatória para qualquer filólogo, sendo que a Réplica, sem favor, é hoje considerada a maior obra de filologia da língua portuguesa, ao menos entre nós brasileiros.

¹¹⁷ MONTÉS, Vicente L. *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*. Madrid: Editorial Civitas, 1980. p. 51-67 e 191-211.

Ressalta, inclusive, Franco Montoro¹¹⁸, comentando a notável discussão lingüística travada entre os dois grandes brasileiros acima citados, que “os códigos mais importantes de cada país representam, ao mesmo tempo, os grandes monumentos do respectivo idioma.”

Embora o que se tenha verificado, com raríssimas exceções, tenha sido a análise do direito civil brasileiro codificado, mediante o estudo comparativo da doutrina francesa, sendo muito presente nos escritores brasileiros o entendimento dos juristas franceses, está vivamente marcada no pensamento e na obra de Clóvis Bevilacqua a forte influência do direito germânico.

Naturalmente, à época do aparecimento do Código Civil, não havia, ainda, o pensamento inicialmente exposto por Leão XIII, em sua famosa encíclica *De Rerum Novarum*, assumido, nem mesmo no seio da Igreja Católica, o caráter referencial que hoje exhibe, uma vez que somente após a 1ª Grande Guerra Mundial é que Pio XI escreveu a encíclica *Quadragesimo Anno*, onde rompe mais abertamente com certos excessos capitalistas, vindo a Igreja, com isto, a se engajar mais na reorientação das questões sociais no mundo, o que se confirmou, mais tarde, com João XXIII, em *Mater et Magistra* e Paulo VI em *Populorum Progressio*.

Desta maneira, não era de se esperar que, no Direito Civil brasileiro anteriormente codificado, fôssemos encontrar um direito de propriedade afinado com estas idéias contemporâneas. Na verdade, o que se tem é a compreensão privatística do direito de propriedade, com seus elementos e características tais

¹¹⁸ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1970. p. 107

como ser um direito geral, coletivo, unitário, perpétuo, absoluto, exclusivo e elástico.

Como certos destes elementos e características parecem se contraporem uns aos outros, necessárias breves considerações com assento em Darcy Bessone. A propriedade é um direito geral, no sentido de que o proprietário é o titular das utilidades todas da coisa, pode tudo sobre ela, salvo as exceções. Os outros direitos reais são limitados. É direito coletivo, no sentido de que abrange muitos direitos, tantos que talvez não se possam enumerá-los de modo completo. Diz-se ser a propriedade unitária porque, mesmo se compondo de tantos direitos, a ponto de ser qualificada como coletiva, tais direitos se unem, não apenas numa soma, mas numa verdadeira fusão. É perpétua, porque não se extingue pelo não uso. Tem-se a propriedade como direito absoluto, sob duas acepções: a) é absoluto, no sentido de que é oponível a todos; b) é absoluto, no sentido individualista, o que confere ao proprietário o poder de extrair da coisa, sem qualquer limitação, todas as vantagens que possa oferecer. Obviamente, tal concepção do absolutismo da propriedade é contestável. Afirma-se ser o direito de propriedade exclusivo, no sentido de que não pode haver a incidência de dois domínios sobre a mesma coisa. Observe-se que o condomínio não significa quebra desta característica, porquanto, mesmo no condomínio, o direito de cada um condômino é autônomo, a coisa é que é indivisa, sem se falar na transitoriedade do condomínio. Finalmente, tem-se a propriedade como elástica, porquanto, como acentuam certos juristas, ela é suscetível de reduzir-se a um mínimo ou alcançar um certo máximo, sem deixar de ser propriedade.¹¹⁹

Assim, não se encontrava no Código Civil revogado, na parte em que regulamenta o direito das coisas, norma que transparecesse a função social da propriedade. Ao contrário, o Código se empenhava a dar à propriedade,

¹¹⁹ BESSONE, Darcy. *Direitos reais*, cit., p. 74-78.

enquanto direito, o caráter subjetivo, sobrepondo o interesse individual ao coletivo, salvo situações excepcionais, devidamente mencionadas e indispensáveis à vida das pessoas em sociedade e às relações intersubjetivas conseqüentes, caracterizando restrições ao direito de propriedade.

Por exemplo, os arts. 524, 526 e 527 do Código Civil antigo atestavam este caráter patrimonialista. Com efeito, pelo art. 524 arrolavam-se direitos que exornam a propriedade, em proveito do proprietário, figura central e única.

Pelo art. 526, verificava-se uma extensão da propriedade do solo para cima e para baixo, em altura e profundidade que fossem úteis ao seu exercício, limitando-se esta ampliação apenas se os trabalhos a serem empregados se realizem a uma altura ou a uma profundidade tal que o proprietário não atenha interesse em impedi-los. Não se discute a natureza dos trabalhos, mas o interesse do proprietário em impedi-los ou não, o que é sintomático. Obviamente, legislação posterior, inclusive constitucional, veio a tratar de jazidas, de um modo geral, de jazidas de petróleo, de quedas d'água e águas subterrâneas. Na dicção do art. 527, então, mais se caracteriza o perfil patrimonialista e privatístico do instituto, ou seja, com a declaração de que o domínio se presume exclusivo e ilimitado, até prova em contrário. Assim, a exclusividade e a ilimitação independem de qualquer prova, presumindo-se as mesmas, somente cedendo, a presunção relativa, ante prova em contrário.

Dir-se-á que existiam limites, sem sairmos do âmbito do direito civil, consagrados em passagens do Código revogado, como as ligadas aos chamados direitos de vizinhança, que se referem, diretamente, ao uso nocivo da propriedade, às árvores limítrofes, às águas, ao direito de construir, à passagem forçada etc. (arts. 554 a 588 do Código Civil de 1916).

É verdade que estavam presentes no código diversas espécies dentre outras, de limitações ou restrições ao direito de propriedade. Todavia, como sabido, elas não se confundiam com a função social da mesma, até porque, vindo à lume em 1916, o Código Civil brasileiro não poderia abrigar idéias tão avançadas a respeito do conteúdo nuclear do direito de propriedade, como a função social. Na verdade, dela se afastam, até pela sua designação: limitações ou restrições – que dão a idéia de que aquilo que era de direito do proprietário, que deveria estar inserido na substância do direito de propriedade, estava sendo restringido, diminuído, por um motivo especial, enquanto que a função social da propriedade não se apresenta como uma limitação desta, mas como uma razão legitimadora do título dominial, de sorte que não é um objetivo, uma espécie de aspiração programática, mas parte essencial da estrutura conceitual do direito de propriedade, conforme hoje entendido.

Fica claro, assim, que as restrições não se confundiam com a idéia norteadora da função social, embora, mais adiante, viessem a cair na malha enorme lançada por esta, na busca da mais ampla reformulação da idéia proprietária, fosse pela repersonalização, ou pela despatrimonialização ou, ainda, concretude das relações proprietárias e não proprietárias, valendo-se, para tanto, a título de começo, das limitações e restrições já existentes.

3.4.2 A contribuição do Código Civil atual

Como por demais sabido, o Projeto de lei nº 634-D, de 1975, originário do Poder Executivo, tramitou desta data até a edição do Projeto nº118/84, da Câmara dos Deputados, com posteriores Emendas do Senado Federal, gerando-se o Texto Consolidado, posteriormente transformado em lei, ou seja, o Código Civil brasileiro, lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

A digressão é feita para lembrar o longo trajeto percorrido, até que se tivesse um Código Civil que substituísse o Código Bevilacqua.

Aliás, em matéria de trâmite legislativo alongado, extremamente demorado, mormente em se tratando de Código Civil, não somos jejunos. O Projeto Bevilacqua, datado de 1899, mostra isto. Antes de ser encaminhado ao Congresso, foi submetido a uma Comissão revisora, sob a presidência do então ministro da Justiça, Epitácio Pessoa, o que resultou em modificações diversas e no surgimento de um projeto revisto, como observa Moreira Alves¹²⁰. Após isto ainda sobrevieram diversos pareceres parciais e uma nova redação ao projeto, o qual, só aí, em 11 de janeiro de 1902, foi apresentado à Comissão especial. O Código Civil veio a lume em 1916.

Vêm-se, no Código vigente, algumas alterações substanciais referentemente ao direito de propriedade.

Realmente, no art. 1228, o Código fala em faculdade que o proprietário tem de usar, gozar e dispor da coisa, não mais se referindo ao direito de usar gozar e dispor de seus bens, como no texto que restou revogado.

Da mesma forma, e de maneira explícita, o § 1º deste artigo determina que o direito de propriedade deve ser exercido levando em conta sua finalidade econômico-social, preservados, do mesmo modo a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico e evitando a poluição das águas e do ar.

¹²⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse, I, evolução histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.360.

O § 2º deste artigo, proíbe ao proprietário, embora o seja, a prática de atos sobre a coisa que é sua, mas que não tragam a ele qualquer utilidade e sejam animados pela intenção de prejudicar os outros, numa limitação que associou o resultado prático dos atos efetivados sobre a coisa pelo proprietário com a questão íntima, a *intentio* com a qual os mesmos sejam feitos, vedando que o sejam com o fito de prejudicar os outros, numa clara demonstração de que os demais sujeitos da relação proprietária, no pólo passivo, não só têm a obrigação negativa de respeitarem o direito de propriedade do dono sobre a coisa como também têm o direito de não serem sequer potencialmente prejudicados por atos praticados pelo proprietário, os quais não lhe tragam utilidade alguma e sejam motivados pela intenção de prejudicar os demais.

O § 3º, ainda deste artigo, reúne as modalidades existentes de desapropriação, (por necessidade ou utilidade pública e por interesse social), não olvidando o instituto da requisição, que se movimenta quando houver perigo público iminente.

Causou, todavia, maior impacto, o § 4º do art. 1.228, ao instituir o que muitos denominaram de desapropriação judiciária, por interesse social, desde que a coisa reivindicada se constitua de extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 (cinco) anos, de considerável número de pessoas e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras consideradas pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Na sentença, completa o § 5º do artigo em tela, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário, e, paga esta, a sentença servirá de título para transcrição em nome dos possuidores.

Trata-se de evidente norma de conceito aberto, cabendo ao aplicador, quando da realidade prática da vida, mensurar, dar perfil e substância a expressões como *extensa área, considerável número de pessoas e obras e serviços de interesse econômico e social relevantes*.

Não é, porém, alarmante que assim tenha agido o legislador, posto que muito mais perigoso seria fechar o conceito substancial da norma, correndo o risco de a mesma não encaixar em seu bojo incontáveis situações não previstas ou imaginadas pelo agente legiferante.

Tal não é estranho, na Ciência do Direito de hoje, ensejando ao aplicador ou ao intérprete o uso da tópica, a qual, pela argumentação dogmática, levanta respostas, sem questioná-las. Alcança tal objetivo através de fases como a *translatio*, em que busca saber se o *dubio* conflitivo é jurídico, partindo daí para a fase conjectural, em que são analisados os fatos e provas dos autos e chegando a *definitio*, onde se interpreta a norma em vigor. Tal convencimento, todavia, ainda é provisório, partindo o julgador, daí, para a zetética, na qual se questiona a solução encontrada, através da análise, da crítica e da metacrítica, até se consolidar a resposta, valendo tudo isto como a heurística jurídica, conforme a lição de Maria Helena Diniz¹²¹.

O princípio da função social da propriedade, por força da imposição constitucional, antes mesmo do Projeto do Código Civil vir a se transformar em lei, já se aplicava, não apenas em área rural, (Lei n.º. 4.504, de 30.11.64 Estatuto da Terra, art.2º, § 1º, alíneas a, b, c e d) mas em área urbana, como se vê desta Ementa de Acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em interessantíssimo caso de ação reivindicatória de proprietários de um loteamento, tomado por uma favela, *verbis*:

¹²¹ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.123-133.

“AÇÃO REINTEGRATÓRIA; Lotes de terreno transformados em favela dotada de equipamentos urbanos – Função social da propriedade – Direito de indenização dos proprietários – Lotes de terreno urbanos tragados por uma favela deixam de existir e não podem ser recuperados, fazendo, assim, desaparecer o direito de reivindicá-los. O abandono dos lotes urbanos caracteriza uso anti-social da propriedade, afastado que se apresenta do princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece, todavia, o direito dos proprietários de pleitear indenização contra quem de direito.”¹²²

De se ver, por verdadeiro, que o Código Civil, ainda quando Projeto, já na sua versão primeira, bem antes da Constituição, antevia situação como a apreciada pelo Poder Judiciário, dando-lhe a solução, inclusive mais minudente.

Materializava-se, ainda em termos de Projeto de lei, a busca da solução para o entendimento mais em termos de pessoa-sujeito do que simplesmente patrimonialista do direito de propriedade.

Tal entendimento se compatibiliza com as idéias de repersonalização do direito de propriedade e sua contínua despatrimonialização, de modo a se ter certeza de que os enfoques a serem utilizados para a compreensão do instituto não seriam mais os mesmos herdados do pensamento civilista anterior.

Atualmente, o pensamento que primordializa a função social, em detrimento de uma visão proprietária absolutamente subjetiva, sem preocupação com seus reflexos no meio em que se manifesta e a formulação conceitual que consegue visualizar interligação efetiva entre sujeitos proprietários e sujeitos não proprietários vêm sendo adotados pela jurisprudência, a qual, como visto, já se inclinava para a realidade social antes mesmo da vigência do Código Civil, por força do Estatuto Básico Nacional de 1988.

¹²² TJSP – 8ª Cam. Ap. cível nº 212.726-1-8-São Paulo; Rel. Des. José Osório; j. 16.12.1994, v. u., apud GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade, cit., p. 422.

A exemplo disto temos decisão em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou possível o cancelamento de cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade de imóvel, à conta da aplicação do princípio da função social da propriedade.¹²³

De igual modo o STJ não reconheceu direito à indenização, considerando o princípio da função social da propriedade, em se tratando de mata cuja preservação é de interesse geral, não tendo os proprietários desenvolvido qualquer atividade econômica no local:

“Nenhuma indenização é devida, pelo fato de nenhum prejuízo terem sofrido os recorridos. O uso da propriedade está vinculado à sua função social. Esta tornou-se presente com a necessidade de preservar-se, pra o bem da humanidade, os recursos naturais da Mata Atlântica. Não exploravam qualquer atividade comercial ou industrial no imóvel, dele não obtendo renda de qualquer limite. Não há de se chancelar indenização no valor de mais de 4,5 milhões de reais, fixada em 1995, acrescido de juros de mora, juros compensatórios, correção monetária e honorários, para cobrir alegadas limitações administrativas de 112 ha. de terra, sem qualquer exploração econômica”¹²⁴

Mas não foi neste ponto (o da função social) que o Código Civil, mesmo quando ainda apenas Projeto de Lei sofreu críticas, pelo disposto no § 4º do art. 1.228, pelo fato de o mesmo ser apontado no Senado, por alguns Senadores, como inconstitucional, por afrontar, a exemplo, o art. 184 da Constituição Federal.

Ninguém melhor, todavia, do que Miguel Reale, Presidente da Comissão Revisora e Elaboradora do Anteprojeto do Código Civil, para tratar desta

¹²³ TJRS – Apelação cível nº 70006893879, Oitava Câmara Cível, Rel. Desembargador Rui Portanova, julgado em 09/10/2003, DJ nº 2727, de 05.11.2003.

¹²⁴ STJ – REsp nº 468405/SP, Relator Min. José Delgado, 1ª Turma, STJ, julgamento em 20/11/2003, pub. DJU 19/12/2003, p. 328.

temática e, inclusive, rebater as críticas, dadas, às vezes, por infundadas ou inoportunas.

Começa o eminente mestre por dizer que se não houve uma vitória do socialismo, houve o triunfo do princípio de socialidade, *verbis*:

“O ‘sentido social’ é uma das características mais marcantes do Projeto, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Civil ainda em vigor. Seria absurdo negar os altos méritos da obra do insigne Clóvis Bevilacqua, mas é preciso lembrar que ele redigiu sua proposta em fins do século passado, não sendo segredo para ninguém, que o mundo nunca mudou tanto como no decorrer do presente século, assolado por profundos conflitos sociais e militares. Se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da ‘socialidade’, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana. Por outro lado, o Projeto se distingue por maior aderência à realidade contemporânea, com a necessária revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do direito privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador”.¹²⁵

A respeito especificamente das críticas apresentadas contra o § 4º do art. 1227 do então Projeto, escreveu o ilustre mestre:

“O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicando 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 realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. Nesse caso o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário. Pago o preço, valerá a sentença como título para transcrição do imóvel em nome dos possuidores. Trata-se, como se vê, de inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também *novo conceito de posse*, que se poderia qualificar como sendo de *posse-trabalho*, expressão pela primeira vez por mim empregada, em 1943, em parecer sobre o projeto de decreto-lei relativo às terras devolutas do Estado de São Paulo, quando membro de seu ‘Conselho Administrativo’.

¹²⁵ REALE, Miguel. *O Projeto do novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. São Paulo: Saraiva, p.. 7-8.

Na realidade, a lei deve outorgar especial proteção à posse que se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre uma coisa, ‘ como se ‘ fora atividade do proprietário com a ‘posse qualificada’, enriquecida pelos valores do trabalho. Este conceito fundante de ‘posse-trabalho’ justifica e legitima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade reivindicanda receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como o determina a Constituição.

Vale notar que, nessa hipótese, abre-se, nos domínios do Direito, uma via nova de desapropriação, que se não deve considerar prerrogativa dos Poderes Executivo ou Legislativo. Não há razão plausível para recusar ao Poder Judiciário o exercício do poder expropriatório em casos concretos, como o que se contém na espécie analisada.”¹²⁶

Relevante, porém, é observar que as regras constantes do Código Civil, na literalidade de seus textos, não são exaurientes do tema e não podem pretender tê-lo resolvido por inteiro, uma vez que o comando constitucional incide diretamente sobre ele, sendo vedado ao intérprete ou ao aplicador do direito fazê-lo sob a ótica singela do Código.

Toda e qualquer decisão a ser tomada terá que se sujeitar aos princípios lançados na Constituição, dentre os quais, para a hipótese deste trabalho, sobressaem o da dignidade da pessoa humana e o da função social da propriedade.

Assim, considerando que, em tese, os elementos gerais das transformações pelas quais passa o direito de propriedade em sua jornada de crise-evolução estão apontados, tudo capitaneado pela inserção do princípio da função social, impende-nos, agora, demonstrar que se constrói uma nova propriedade.

¹²⁶ REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil...*, cit. p. 82-83.

Não que já não se esteja vendo isto, ao longo desta exposição, mas é que se torna necessário ressaltar determinados aspectos ou intocados ou apenas superficialmente abordados e que se nos afiguram essenciais, por demarcarem mais vincadamente a tese que defendemos.

Esta será a abordagem dos capítulos seguintes.

CAPÍTULO IV
CONSTRUINDO A NOVA PROPRIEDADE

4.1 DIREITO À PROPRIEDADE E DIREITO DE PROPRIEDADE

Evidentemente, todo o tratamento constitucional dado ao instituto da propriedade está ligado ao direito de propriedade, pressupondo-se a presença de titulares ou sujeitos proprietários, como pré-condição já cumprida. Desenvolve-se, então, todo um esforço doutrinário e legal para, ao mesmo tempo em que se garanta o direito de propriedade, evitando sua extinção, dele se exija, por obra e graça de uma nova visão de sua essência conceitual e concretude existencial, o cumprimento de finalidades que transcendem os interesses dos sujeitos proprietários e se estendem até aos interesses não proprietários envolvidos direta ou indiretamente na relação.

Há que se perguntar, porém, pelo direito à propriedade, ou seja, o direito ao acesso a ela.

Vista a propriedade como elemento de materialização da liberdade humana e como meio de realização integral do ser humano como pessoa, sendo, assim, inerente à personalidade, importa saber como fica a questão do acesso a ela, embora reconhecendo-se a preeminência econômica do assunto, sobre a conformação jurídica que ao mesmo se possa dar.

A temática é importantíssima e exige verdadeira reformulação dos paradigmas que instruem o direito privado clássico.

Como sabido, o acesso à propriedade é grandemente obstaculizado pelos mecanismos de mercado. Estes mecanismos, sob o comando clássico da lei da oferta e da procura, como sabido, não se conformam a princípios éticos ou sociais muito acendrados, posto que muitas pessoas podem não ter o que ofertar,

ficando sem acesso aos bens. É por isto mesmo que sua lógica “provoca uma exclusão que redundaria intolerável para os valores jurídicos.”¹²⁷

O mesmo LORENZETTI¹²⁸ entende que cabe ao legislador incrementar o real acesso aos bens, evitando empecilhos a este desiderato, tanto que existem certos tipos de propriedade cujo acesso não pode e não é deixado ao livre mecanismo do mercado, mas sofrem intervenção dos mecanismos jurídicos.

Neste sentido, aliás, observa-se movimento claro da lei, como acontece com o chamado direito à moradia, garantido pela Constituição federal e que tem levado o Poder Executivo, em todos os níveis, a esforços que redundam em projetos habitacionais, por meio dos quais o que está no texto e que traduz um princípio, possa se tornar realidade concreta, fugindo ao que o povo já convencionou chamar de “letra morta” ou de “conversa para aparecer na televisão”.

É que temas como moradia, saúde e segurança são muito apreciados pela mídia, não faltando quem deles queira se valer para fins outros que não os sociais e de busca real do bem estar comum.

A questão alteia-se ao nível constitucional, quando se observa que, havendo a Constituição garantido igualmente a todos o direito à vida, todos necessitam de um mínimo de propriedade privada, individual, quer se fale de meios de vida ou de acesso aos meios de trabalho, na lição de MACPHERSON¹²⁹.

¹²⁷ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 99.

¹²⁸ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos...* cit., p. 100-101.

¹²⁹ MACPHERSON, C. B. Os direitos humanos como direitos de propriedade - In: _____ *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do*

É, pois, um quadro que não se afigura simples, quanto a sua efetiva concretização, mas não pode ser, de modo algum, minimizado, uma vez que, visto desta forma,

“o direito à propriedade , a todos reconhecido, permite a todos um horizonte de afirmação e deve ser tutelado por meios que permitam efectivamente a ascensão no plano económico-social segundo a capacidade e o esforço demonstrados.”¹³⁰

É forçoso reconhecer, todavia, que neste plano, que envolve fortes conotações políticas e econômicas, não logrou ainda o direito fazer valer em toda sua extensão e profundidade, nem o princípio da função social nem o princípio da dignidade da pessoa humana, posto que, até de coisas essenciais e mínimas para a configuração da cidadania carecem amplas camadas da população, que não conseguem ver concretizado o direito à propriedade sobre elas.

4.2 O DIREITO DE PROPRIEDADE COMO RELAÇÃO JURÍDICA COMPLEXA COM INTERSUBJETIVIDADE ATIVA E PASSIVA

Sem dúvida, a aplicação das normas constitucionais ao direito de propriedade gera conseqüências imediatas, uma vez que aceitemos que a função social ali exigida põe sob novo regime tanto os aspectos internos quanto externos da propriedade. Quer isto dizer que caracteres como o absolutismo, a irrevogabilidade, a exclusividade e mesmo os elementos integrantes de sua substância, o seu conteúdo positivo, como usar, gozar e dispor da coisa e

século XX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 106-107, apud CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade...* cit., p. 154-155.

¹³⁰ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: reais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 143.

efetivar sua proteção também são igualmente atingidos, submetendo-se ao princípio constitucional.

Daí não restar dúvida de que as normas de direito privado atinentes à propriedade não se podem hoje aplicar ou compreender sem que estejam de conformidade com a disciplina que se contém na Constituição Federal de 1988.

A verdade é que a Constituição, em razão de ser norma suprema, faz estender seus princípios e valores sobre toda a tessitura normativa infraconstitucional, alcançando área que classicamente era tida como de direito privado, nela interferindo direta e substancialmente.

Considerando que a obediência às normas constitucionais é imperativa, da aplicação da parte delas atinente ao direito de propriedade, alguns efeitos aparecem como conseqüências lógicas indisputáveis.

Primeiro, a questão das cláusulas pétreas, que por serem desta natureza não admitem emendas que as alterem. O art. 60, par. 4º e inciso IV da Constituição Federal estabelece:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

.....
 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

.....
 IV- os direitos e garantias individuais.”

Tem-se, por isto, que, estando a função social da propriedade inserida no título “Dos direitos e garantias fundamentais”, é cláusula pétrea, não podendo ser suprimida da Carta, nem muito menos desconsiderada. A supressão, se intentada, morreria no nascedouro, ante a proibição constitucional. A desconsideração da mesma por parte do sujeito proprietário, leva a várias

conseqüências, a começar pela tributação progressiva até ao limite extremo da desapropriação. É certo que ainda engatinha entre nós o posicionamento jurisprudencial e legal que reconhece ser a desapropriação punição ao proprietário desidioso. É que mesmo com este reconhecimento não pode resultar o ato expropriatório em pagamento diminuído do justo valor do bem desapropriado, como se pode ver, por exemplo, deste julgado do STF, um daqueles em que ficou assentado que:

“... a garantia da justa indenização, mesmo nas hipóteses da desapropriação-sanção não perde em intensidade jurídica quanto ao âmbito de sua incidência, exigibilidade e extensão, como esta Corte já teve ensejo de proclamar (RTJ 108/793 – 108/1.270-1,285)” (STF – RE nº 114.462-6/SP, voto do Min. Celso de Melo).

Sem embargo disto, leciona Fábio Konder Comparato¹³¹ com lógica irretocável que não tem sentido uma tal sanção que se resume simplesmente numa troca de bens: o imóvel substituído pelo dinheiro, sem qualquer diminuição patrimonial sensível imposta ao mau proprietário, que, desta forma, em nada é punido por sua omissão ou ação danosa aos interesses sociais.

Tem-se notícia, inclusive, de proprietários desejosos de alienarem seus imóveis, que deixaram sem qualquer produção, exatamente para incidirem na hipótese da desapropriação, porque o preço a ser pago pelo INCRA muitas vezes excedia aquele que poderiam alcançar em venda comum. A desapropriação-sanção, na verdade, passava a desapropriação-prêmio.

Ocorre, todavia, que, como a expressão *justa indenização* aparece também no inciso XXIV do art. 5º da Constituição, abrangendo as outras modalidades de desapropriação (por necessidade ou utilidade pública), sem fazer qualquer

¹³¹ COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: *Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal*, vol. 1, nº 3, Brasília, 1997, p. 97.

distinção com a desapropriação por interesse social, o que levou, certamente, o Supremo Tribunal Federal à decisão referida. Torna-se necessário tocar na Constituição, para que o *descrímen* com relação ao mau proprietário possa ser feito.

De qualquer forma, tais iniciativas, no entanto, são do Poder Público e a questão mais séria é: podem os sujeitos não proprietários particulares obrigar o sujeito proprietário a levar o bem objeto do direito de propriedade a cumprir sua função social, cujos reflexos, naturalmente, os alcançam?

A resposta é positiva.

O problema que se apresenta, porém, é que boa doutrina afirma a vedação pelo ordenamento jurídico da tutela da propriedade que, por algum motivo ou de alguma forma, deixa de cumprir sua função social.¹³²

Em decorrência, tem-se instalado um certo conflito jurisprudencial, estando presentes decisões em que se nega ao proprietário que tem suas terras invadidas, a pretensão de voltar a exercer sobre elas a posse, a teor de que, sendo mau proprietário e não tendo sido consideradas produtivas suas terras, não se lhes pode deferir defesa, que lhes confira voltar a exercer livremente a posse sobre o imóvel invadido. As questões que se levantam, todavia, são muitas, entre as quais a da qualificação das terras como improdutivas, ora realizada pelo INCRA ora pelos próprios invasores, sem se falar em situações em que as terras foram consideradas produtivas pelos órgãos próprios do INCRA mas tal não é admitido pelos novos ocupantes dos imóveis.

¹³² TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In: _____.(Org.) *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.282.

De se discutir, também, a questão da posse, quando o proprietário a exerce do melhor modo que pode, mas não consegue atingir os índices indicados pela lei. A questão é se saber quem está em melhores condições de levar o bem à condição de produtividade desejada pela lei: se o proprietário esforçado ou aqueles que no atual momento o ocupam, através de invasões.

O outro questionamento é o seguinte: que os sujeitos não proprietários têm o direito de exigir dos sujeitos proprietários que conduzam o bem à efetivação de sua função social, não há dúvida, mas através de quais instrumentos? Sem dúvida, a ação civil pública é um deles. Podem realizá-lo por sua própria força, ou seja, eles mesmos operacionalizarem a função social da propriedade? Por exemplo, também através das invasões podem fazê-lo? Tais instrumentos de reconhecida eficácia política, pois têm o poder de sensibilizar o sistema político, transformando seus pedidos em verdadeiras forças de pressão (inputs), que geram a obrigação de respostas (outputs), completando assim o que a ciência política chama de circuito de feedback, podem receber a chancela da eficácia jurídica?

O Poder Judiciário, na variedade de suas decisões, tem, todavia, firmado determinados pontos nos quais se observa, primeiramente, a sensibilização do mesmo para com a efetivação da função social, depois, a inaceitação da operacionalização da função social mediante ações físicas dos sujeitos não proprietários, como auto-tutela e, finalmente, o entendimento de que a vaguidão conceitual quanto à função social, longe de torná-la inexecutável dá ao julgador a necessária flexibilização conceitual, que amolda o princípio a cada situação de concretude da relação proprietária.

Por exemplo, registra-se, na Justiça paulista, com referência a situações urbanas, decisão com este teor:

“... A destinação social da propriedade é obtida mediante tributação progressiva e desapropriação, que é a maneira civilizada de promover a sua finalidade social. O critério da força, pelo qual o mais forte e mais agressivo passa a ser o mais necessitado, ficando o mais débil e fragilizado condenado ao desabrigo, não é o melhor”¹³³

De sua vez, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que “A invasão de terras é necessariamente clandestina e violenta, não podendo gerar posse justa”¹³⁴.

E mais, em se tratando de propriedade pública:

“Descabe aquele que adentra clandestinamente em imóvel público integrante do programa habitacional de moradias populares pretender seja viabilizada a sua permanência no local sob o argumento de que cumprido o princípio da função social da propriedade, uma vez que o art. 5º inciso XXIII da CF não socorre aqueles que se apossam, irregularmente, de imóvel público.”¹³⁵

Embora isto, no caso de uma pessoa necessitada que ocupava pequena área com minúscula construção (mais ou menos 20m²) numa área pública municipal, denominada “área verde”, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou a reintegração na posse pleiteada pelo Município, entendendo que a simples propriedade não comprovava a posse, a reintegração não se compatibilizaria com a função social da propriedade, uma vez que o Poder Público não indicava qualquer solução para a situação miserável em que estava a Ré, a qual, embora com direito constitucional à moradia, iria para as ruas, sem se falar no descumprimento dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, verbis:

¹³³ 1º TAC/SP – Apelação cível nº 851.855-0, 1ª Câmara, Rel. Juiz Nelson Calandra. In: RT 771/252.

¹³⁴ STJ – REsp. nº 219.579/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 26.09.2000, DJU de 04.12.2000.

¹³⁵ TJRS – Agravo nº 70011156353, Décima Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luis Dall’Agnol, julgado em 20.03.2005, DJ de 13.04.2005

“APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. AUSÊNCIA DE PROVAS. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE QUE ORIENTAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INATENDIDOS. Restam inatendidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem ainda o da função social da propriedade, cujos quais (sic) devem ser integrados ao caso concreto, para estender à Suplicante a verdadeira Justiça. Ausente prova da posse anterior, certo que o título de propriedade, tão somente, não se presta a tanto. Apelo provido. Sucumbência redimensionada.”¹³⁶

No voto do Relator, lêem-se as seguintes passagens:

“A apelante não nega tenha adentrado à área para ali dar um mínimo de dignidade à sua existência bem ainda teto aos seus filhos. Roga a Apelante JUSTIÇA.

A atividade primordial exercida por esta Corte é distribuir Justiça... mas, em alguns casos, a aplicação cega das leis leva às injustiças.

Existem princípios da administração pública que devem ser seguidos, mas não se confunde o seguimento a princípios públicos com a perseguição destes a qualquer custo. Nos presentes autos apresenta-se o poderoso poder público municipal – desculpem a redundância – munido de título de propriedade, exigindo a expulsão de uma humilde acidada de uma área verde de suas propriedade, sem, contudo, apresentar alternativas à sua recolocação.

.....
Devemos colocar na balança da Justiça o interesse geral da sociedade de Bento Gonçalves, no que pertine à manutenção da reclamada na área verde (matos e barrancos); bem ainda o estabelecimento de condição digna de vida à humilde Maria.

.....
Neste momento é que se perquire a respeito da função social da propriedade. A situação acima retratada nem de longa espelha uma aplicação social na propriedade do ente apelado. Ao contrário, está o Apelado a fazer uso arbitrário de seu direito, expulsando uma cidadã de uma área de matos e barrancos, cujos quais (sic) a municipalidade sequer declinou futura destinação.”

¹³⁶ TJRS- Apelação cível nº 70004913729, Décima Nona Câmara Cível, Rel. Des. Guinther Spode, julgado em 15.04.2003.

Daí o recomendar-se, conforme alude Francisco Eduardo Loureiro, forte em Suzana de Toledo Barros¹³⁷, o uso de critérios diversos, fundados nos princípios da adequação, da proporcionalidade e da concordância prática, além da observação das peculiaridades do bem e seu significado para o proprietário¹³⁸.

É que, conforme a boa doutrina, quando se dá um conflito de princípios constitucionais, impõe-se solução que, sem esvaziar um dos princípios em confronto, harmonize sua aplicação de modo razoável e maleável, de acordo com cada situação, e com a necessária criatividade, que, sem ser novidadeira, inove, no possível e aceitável, encontrando caminho para a composição dos interesses.

Segundo, observa-se que não pode ser postergada a norma constitucional sobre o direito de propriedade, no que respeita à sua aplicação, uma vez que, sendo referente a direitos e garantias fundamentais, a Constituição impõe sua aplicação imediata (Art. 5º, § 1º da Constituição Federal).

Finalmente, e em decorrência dos efeitos anteriores, surge aquele referente à efetividade da função social, ou seja, o proprietário está submetido a esta obrigação, a de fazer cumprir a função social da propriedade.

Segundo o pensamento doutrinário tradicional, na relação jurídica proprietária, todos os demais indivíduos, que não o proprietário, se vinculam à propriedade, na posição de sujeitos passivos, uma vez que ela se impõe *erga*

¹³⁷ BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2ª edição, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 212, apud LOUREIRO, Francisco Eduardo, *A propriedade como relação jurídica...*, cit. p. 153..

¹³⁸ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica...* cit, p. 153.

omnes, impedindo-lhes de fazerem qualquer ingerência no bem da vida objeto deste direito.

Não se pode negar, no entanto, que este novo posicionamento da relação proprietária, imposto pela Constituição, leva o sujeito ativo a sujeitar a obrigações impostas pela função social.

Neste diapasão, dá-se um passo adiante na identificação da natureza desta relação, que liga o antigo sujeito ativo da relação proprietária (o proprietário) aos chamados sujeitos passivos da mesma relação (os não proprietários). É que a função social, como grande cristalizadora da mudança de visão desse notável direito, de seu perfil e de sua substância, faz com que o sujeito ativo, agora obrigado a conduzir a coisa, no exercício do estatuto proprietário, a atingir sua função social, torne-se vinculado aos sujeitos passivos, posto que a obrigação que lhe impõe a Constituição decorre do reconhecimento dos direitos que as demais pessoas têm, com referência à propriedade.

Tal vínculo, criado pela função social, como verdadeira garantia dos interesses difusos dos demais indivíduos integrantes da coletividade, assegura a eles o direito de exigirem do proprietário o cumprimento da função social. Sua posição não é mais aquela singelamente passiva, de não interferir, mas ativa, de poder exigir, posto que estaríamos diante de um direito subjetivo público, como quer Ivon Ramon Chemeris¹³⁹

Aliás, Pontes de Miranda¹⁴⁰, comentando a Constituição federal de 1967, traçava uma distinção clara e objetiva entre os conceitos de limitação ao uso da propriedade, elaborado sob a inspiração dos interesses entre vizinhos e o bem-

¹³⁹ CHEMERIS, Ivon Ramon. A função social da propriedade e o papel do poder judiciário diante das invasões coletivas. In: *Síntese-Jornal*, Porto Alegre, ano 5, n. 57, nov. 2001 p.20.

¹⁴⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo: RT, t. VI, 1968, p. 47.

estar social, naturalmente abrangendo interesses muito mais vastos do que aqueles limitados pela vizinhança.

Evidenciava, ainda, que o uso da propriedade tinha que ser compatível com o bem-estar social, sob pena de ser desaprovado.

Está, a nosso ver, fora de qualquer dúvida, que a idéia conceitual a respeito da propriedade se vincula diretamente à situação do homem frente ao mundo e ao modo como o indivíduo se relaciona com a sociedade.

Naturalmente, o direito de propriedade, sob a visão do Estado liberal, é exclusivo e excludente, visto que, sob as teorias científicas atomistas, o indivíduo aparece como um átomo, separado completamente do contexto social, como um ser auto-suficiente, que não se relaciona nem necessita relacionar-se com os outros, de tal modo que indivíduo e sociedade circulam por rotas distintas, como explica RAFAEL COLINA GAREA¹⁴¹.

Tal quadro todavia, teve que ser temperado, começando tal procedimento com certas restrições que se opunham à idéia de que a propriedade se assentava no direito natural, facilitando o crescimento de tendências jurídico-socializantes.

Escapando do isolamento atomístico, propugnado pelo pensamento liberal, verifica o sujeito proprietário que o exercício das faculdades que integram o direito dominial de que é titular não reflete apenas nele mesmo, mas alcança de igual forma, em suas conseqüências, sujeitos que não participam, direta ou indiretamente da situação proprietária, no sentido tradicional desta relação.

¹⁴¹ GAREA, Rafael Colina. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*. Barcelona: José M. Bosch Editor, 1997. p. 119.

E, em razão disto, observa-se que começam a surgir interesses juridicamente protegidos diversos daqueles que são deferidos ao proprietário, como acentua COCO.¹⁴²

Desta forma, o próprio interesse do proprietário, no exercício do direito de propriedade, terá que levar em conta os interesses de terceiros, pessoas outras que podem ser afetados pelo exercício daquele de que é titular o proprietário.

Interessante notar que aquilo que generalizamos sob o nome jurisdicção de restrições, mais minudentemente observado, nos mostra este esforço para temperar razoavelmente o caráter absolutista da propriedade, herdado do Estado liberal. Começa com a imposição ao proprietário do dever de consentir certas intromissões que atendem a necessidades naturais e sociais, que garantem a harmoniosa convivência de direitos de propriedade diversos ou de diversos titulares, como se vê claramente no direito de vizinhança.

Interessa pôr em relevo que o proprietário não apenas tem que suportar, admitir, aceitar, num posicionamento passivo. É também chamado a posições ativas, à realização de condutas positivas, como no direito de construir, assim como também está obrigado a se abster de comportamentos que prejudiquem as boas relações de vizinhança.

Aos poucos, então, se vão consolidando no direito de propriedade passagens da unidade à pluralidade subjetiva, de uma perspectiva individual a uma social, coletiva, da individualidade subjetiva à pluralidade objetiva, destacando-se nesta a passagem da propriedade estática à propriedade dinâmica, isto é, da propriedade enquanto conceito legal, estratificada nos Códigos, para a propriedade enquanto exercício real de faculdades.

¹⁴² COCO, Giovanni Silvio. *Crisi ed evoluzione del diritto de proprietà* . Milano: Ed. Giuffrè, 1965. p. 70.

A partir daí, tem-se que o sujeito de direito deixa de ser uma abstração para se transformar no agente, no artífice do sistema, pois não é apenas uma peça, mas o real titular e portador dos interesses em jogo. A regra, então, tem que priorizá-lo, vendo-o não apenas como uma figura abstrata, mas concreta.

E isto, embora possa não aparecer na letra, ainda com fórmulas generalizantes, está presente na principiologia do Código Civil brasileiro do que nos dá testemunho Miguel Reale, ao explicar o princípio da concretitude:

“Concretitude, que é? É a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quando possível, legislar para um indivíduo situado: legislar para o homem enquanto marido; para a mulher enquanto esposa; para o filho enquanto um ser subordinado ao poder familiar. Quer dizer, atender às situações sociais, à vivência plena do Código, do direito subjetivo como uma situação individual, não um direito subjetivo abstrato mas uma situação subjetiva concreta.”¹⁴³

Oportuna a lição de FACHIN¹⁴⁴, segundo a qual, se é importante o proprietário, mais importante o não proprietário, pois na situação jurídica proprietária funcionalizada, o direito dos outros está presente.

A irretorquível conclusão a que se chega é que o não proprietário não é mais apenas o sujeito passivo universal, ao qual se impõe o dever genérico de abstenção. Atualmente, se insere numa situação jurídica subjetiva complexa, como afirma PERLINGIERI¹⁴⁵ e que ousamos chamar de uma relação jurídica complexa intersubjetiva, ativa e passiva, uma vez que os não proprietários têm direito a exigir de quem é proprietário o cumprimento da função social da propriedade, posto que isto reflete diretamente não apenas a imposição da lei ao proprietário, mas o direito que a lei garante aos não proprietários de que tal

¹⁴³ REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil...cit.*, p. 12.

¹⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 50.

¹⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della "proprietà"*. Camerino: Jovene, 1971. p. 7.

função será cumprida, de tal arte que o seu não atendimento gera ofensa a pretensão juridicamente protegida destes.

4.3 OS ESTATUTOS PROPRIETÁRIOS: PROPRIEDADE OU PROPRIEDADES?

Trava-se, já há algum tempo, na doutrina, batalha a respeito do conceito e validade da propriedade unitária em face da multiplicidade de propriedades.

Sabidamente, a noção unitária de propriedade teve seu principal alicerce no Código de Napoleão, que fazia concentrar os poderes proprietários nas mãos de um único titular, exatamente em contraposição aos múltiplos proprietários ou às múltiplas propriedades do regime feudal.

A disputa se faz acesa, mormente no confronto de juristas do porte de Lodovico Barassi e Salvatore Pugliatti, o primeiro defendendo a tese da indivisibilidade da propriedade, embora reconheça que diversas categorias de bens recebam diversos graus de disciplina, de limitações, inclusive considerando-se as exigências nacionais. Para ele, todavia, esta possibilidade não implica a criação de novas propriedades, mas simplesmente evidencia uma característica da propriedade unitária, que é a elasticidade.

Impossível, porém, deixar de reconhecer que a visão unitária está ligada inapelavelmente à noção de conteúdo do instituto, sob o ângulo da liberdade e como afirmação de autonomia, de exclusividade de poder de autoridade sobre a coisa objeto da propriedade.¹⁴⁶

¹⁴⁶ BARASSI, Lodovico. *Proprietà e comproprietà*. Milão. Ed. Giuffrè, 1951. p.29 e 34-48.

Como, todavia, não se pode simplesmente olvidar que a disciplina constitucional da propriedade é vária e complexa, e, geralmente, mais comprometida com os aspectos sociais do instituto do que a legislação comum, autores como Pugliatti apontam para uma crise da noção unitária do instituto, começando pela análise da propriedade do ângulo subjetivo (considerando os sujeitos desta relação) e do ângulo objetivo (visualizando o seu objeto).¹⁴⁷

São apontadas, do ponto de vista subjetivo, diferenças inaproximáveis entre a propriedade pública e a propriedade privada, mormente no aspecto da disponibilidade, entre a propriedade plena e a co-propriedade, no que respeita à exclusividade. Muito bom exemplo o dos bens de uso comum do povo, nos quais o uso geral, de qualquer e de toda pessoa se concilia com o domínio público, além de constituir fator evidentemente essencial a esta caracterização e isto tudo ao lado da idéia de propriedade privada, que tem por elemento básico e essencial o poder jurídico de impedir que qualquer outra pessoa, que não o proprietário, se utilize da coisa. Tal situação antinômica gerou a conclusão de certos autores franceses de que não se podia falar em caráter dominial neste caso, mas apenas de uma relação de superintendência, guarda ou gestão.¹⁴⁸

Sob o ponto de vista objetivo, Pugliatti identifica as propriedades formal e substancial, usando, por exemplo, da figura do concessionário perpétuo de imóveis públicos, figura constante do direito italiano e do enfiteuta, como proprietários substanciais, em oposição aos chamados proprietários formais, que seriam aqueles que, embora ainda constando como tais, estavam despidos das faculdades inerentes à propriedade, caso do senhorio direto, do promitente vendedor e do credor/fiduciário, pondo em relevo a dificuldade de se submeterem situações tão distintas à disciplina de um único instituto.

¹⁴⁷ PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Ristampa. Milano: Giuffrè, 1964. p. 145-309.

¹⁴⁸ AUBRY C et RAU, C. *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*. 5. éme ed. Paris: Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard. 1897, vol. 2. p. 53-60.

Imprescindível a noção apontada por Guido ALPA¹⁴⁹ de que a função social da propriedade é a relação existente entre os poderes de destinação do proprietário, a conformação do bem e o plano de utilização da propriedade. Esta fórmula permite ver a propriedade em planos que se interligam: o plano dos bens, os quais, considerados em suas particularidade e variedade e qualidades naturais e econômicas, cobram regime específico (conformação do bem). Tal regime definirá a forma de exercício dos poderes proprietários (poderes de destinação do proprietário) e o proprietário deverá atender aos usos indicados pela legislação (plano de utilização da propriedade).

Assim, é natural que se conclua que a funcionalização da propriedade não pode prescindir da qualidade e da quantidade dos bens, sendo sua destinação determinada segundo sua situação específica. Naturalmente a destinação do bem apropriado não fica ao alvedrio do proprietário, uma vez que é ora controlada, ora restringida, ora é proibida, de modo que o direito de propriedade fica mais substancialmente caracterizado pela destinação do bem sobre o qual incide ou por sua potencialidade econômica do que pelo abstrato usar gozar e dispor¹⁵⁰.

Exatamente desta variabilidade de regimes de tratamento da propriedade deflui o entendimento de que não cabe mais falar em propriedade, mas sim em propriedades, tudo como decorrência da concretude da operacionalização da função social.

¹⁴⁹ ALPA, Guido. Intervento. In: *Crisi dello stato sociale e contenuto mínimo della proprietà*: ata da Convenção realizada em Camerino, em 1982. Napoli: ESI, 1983. p. 11.

¹⁵⁰ PERLINGIERI, Introduzione *alla problemática della "proprietà"*. Camerino: Jovene, 1971 p. 138-139
TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 85, v. 306, abr./maio/jun. 1989, p. 74.

A esta altura parece óbvio que, como já afirmava Orlando Gomes, “ou a propriedade tem novas dimensões; ou existem novas situações jurídicas irreduzíveis ao seu conceito”.¹⁵¹

A redução da propriedade ao conceito abstrato e genérico das faculdades de usar, gozar e dispor das coisas sob o poder do proprietário, mormente se plasmada a identificação deste conceito no fortalecimento do direito subjetivo, individualista e egoísta do proprietário não se pode mais admitir.

Combater o conceito unitário enquanto instrumento reducionista e elitizador do direito de propriedade também se nos afigura como absolutamente necessário.

Reconhecer que situações diversas, decorrentes da qualidade dos sujeitos ou da qualidade e especialidade das coisas objeto da propriedade exigem tratamento diversificado, regimes próprios, também nos parece naturalmente lógico.

Não obstante tudo isto, porém, parece-nos possível, primeiramente, tomar o tradicional “usar, gozar e dispor” não sob a ótica reducionista ou egoísta, mas, pelo contrário, pela ótica da incompletude¹⁵², que permite, a cada situação diversa ou especial, a regulação destas faculdades, considerando-se a intersubjetividade da relação, os diversos interesses em jogo, inclusive e especialmente os dos não proprietários, a situação ou qualidade dos bens objeto do direito, tudo gerido pela noção de função social, levada à realidade concreta.

¹⁵¹ GOMES, Orlando. Novas dimensões da propriedade. In *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 411, jan. 1970, p. 14.

¹⁵² ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3ª ed. tradução de J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1965.

Não nos convence como juridicamente correto pulverizar a propriedade em cada situação especial que a especialidade dos sujeitos ou das coisas produza. Teríamos centenas de propriedades e, partindo de onde, de que base, de que fonte conceitual?

A este extremo da pulverização opomos, por entendê-la mais equilibrada, a posição de BIANCA,¹⁵³ que defende a identidade do direito de propriedade em torno, pelo menos de uma noção fundamental de pertinência, algo que pertence, pertença (*appartenenza*), comum a toda e qualquer aspecto que assuma o instituto.

Obviamente, não defendemos a unidade, pura e simples, que é um contrasenso, mas, conforme a conclusão de PUGLIATTI¹⁵⁴ segundo a qual, mesmo reconhecendo a pluralidade de institutos, os mesmos estão em torno de um interesse, de modo que esse interesse comum pode levar a pluralidade a ser considerada uma unidade complexa.

Esta, sim, a noção de uma unidade complexa se nos afigura mais apropriada, posto que conserva um vínculo primário, com a idéia básica de propriedade, sem desrespeitar o fato de que diversas situações, seja em razão do objeto seja em razão do sujeito proprietário geram regulamentações específicas, ou como querem alguns, estatutos específicos, sem que precisemos denominá-los a cada um de uma propriedade autônoma e independente, sem partir de uma fonte geral.

¹⁵³ BIANCA, Massimo C. *Diritto Civile VI: la proprietà*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1999. p. 166.

¹⁵⁴ PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Ristampa. Milano: Giuffrè, 1964. p. 148.

Aliás, temos na lição de LOPEZ Y LOPEZ¹⁵⁵ que

“La propiedad privada viene en este contexto entendida no como manifestación de um singular y típico poder concreto sobre las cosas, sino en su significado de institución alrededor de la qual gira la apropiación y gestión privada de los bienes”.¹⁵⁶

Aliás, observando-se bem, verifica-se na análise do texto constitucional brasileiro, que a propriedade é tratada de diversas formas: conforme seja produtiva ou não, conforme seja rural ou urbana, conforme seja pequena e média ou não etc. e isto faz remeter à necessidade de diversos estatutos proprietários, sim, mas não como, a nosso ver, enganadamente entenderam alguns, de diversas propriedades. Pensamos que o direito de propriedade é um, em razão de sua própria origem e razão de ser, no que respeita a uma idéia básica, um conteúdo mínimo, como quer PERLINGIERI.¹⁵⁷

“Uma coisa é o problema da conformação do estatuto proprietário, outra é aquela da expropriação. [...] Não é possível, portanto, chegar a propor um estatuto proprietário conformativo que seja substancialmente expropriativo (fala-se em conformação da propriedade privada quando os limites legais não tocam o conteúdo mínimo; de ‘expropriação’ no caso oposto). A conclusão pela qual é preciso falar em conteúdos mínimos da propriedade deve ser interpretada não em chave jusnaturalista, mas em relação à reserva de lei prevista na Constituição, a qual garante a propriedade, atribuindo à lei a tarefa de determinar os modos de aquisição, de gozo e os limites, com o objetivo de assegurar a função social e torná-la acessível a todos.”

¹⁵⁵ LOPEZ Y LOPEZ, Angel M. *La disciplina constitucional da la propiedad privada*. Madrid: Editorial Tecnos, 1988. p. 42.

¹⁵⁶ Tradução livre: “A propriedade privada vem entendida neste contexto não como manifestação de um típico e singular poder concreto sobre as coisas, mas em seu significado de instituição ao redor da qual gira a apropriação e gestão privada dos bens”.

¹⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed., trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 231.

Esta se nos apresenta a posição mais sensata quanto aos estatutos proprietários.

4.4 UM NOVO PERFIL DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Não é de agora que a doutrina vem paulatinamente reconhecendo, com o aval do Judiciário, que o direito de propriedade perdera a sua forte conotação privatística para se submeter a uma concepção menos egoísta e mais altruísta, menos individual e mais coletiva, na medida em que se iam impondo ao seu exercício inúmeras restrições, cada vez mais exigindo-se do proprietário um comprometimento com resultados objetivamente mais eficazes, no interesse geral, e não apenas demonstradores do poder do titular da propriedade.

Era assim que o antigo Código Civil registrava inúmeras espécies de restrições ou limitações ao direito de propriedade, que outros autores denominavam, com mais acerto, de restrições ou limitações ao exercício do direito de propriedade.

Tais eram, por exemplo, as hipóteses dos arts. 554 a 555 (do uso nocivo da propriedade), 556 a 558 (das árvores limítrofes), 559 a 562 (passagem forçada), 563 a 568 (das águas) e 572 a 587 (do direito de construir).

Constata-se, no atual Código Civil, a mesma técnica, como se vê, por exemplo do § 1º do art. 1228 da Lei Comum, onde, de modo claro e definido, o legislador aponta que o exercício do direito de propriedade terá que respeitar as suas finalidades econômicas e sociais, e de modo a serem preservados 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.

Observa Maria Helena Diniz ¹⁵⁸ que

“Assim percebe-se que o direito de propriedade não tem um caráter absoluto porque sofre limitações impostas pela vida em comum. A propriedade individualista substitui-se pela propriedade de finalidade socialista.”

Relata, a respeito da questão das limitações, a rejeição de Salvat e Planiol à idéia de que as limitações ao direito de propriedade seriam servidões legais, passando, por fim à explicitação de que tais restrições legais ao direito de propriedade, podem ser por motivo de interesse social e em razão do interesse privado, de tal arte que as primeiras, da seara do direito público (constitucional, administrativo, penal etc.) são imprescindíveis ao bem estar coletivo e à própria segurança da ordem econômica e jurídica do país. Por isto, passam a integrar a estrutura legal do domínio, atingindo-o em toda sua extensão ou em parte dela. Já as restrições do domínio em razão do interesse privado, alude Maria Helena Diniz, com apoio em Messineo, inspiram-se no princípio da relatividade dos direitos, caracterizando-se pela bilateralidade, ante o vínculo recíproco que estabelecem, não afetando a extensão do direito de propriedade, além de se situarem no âmbito do direito civil. ¹⁵⁹

Pensamos que as restrições, sejam as de direito público, sejam de direito privado, atuam na plenitude do direito, reduzindo-a, com maior ou menor intensidade.

Entendemos também que, mesmo em se tratando de restrições legais determinadas por interesses privados, ditadas e comandadas pelo direito civil, está presente o princípio da função social, porque em ultima ratio, mesmo

¹⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, direito das coisas, 4º vol.*, 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 218.

¹⁵⁹ DINIZ; Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, cit.*, 4º vol., p. 219-221.

quando o que se protege é o interesse privado ou particular, tal é feito considerando-se a necessidade social da coexistência pacífica, o que é corroborado por Maria Helena Diniz, com apoio em Orlando Gomes.¹⁶⁰

Deste modo, diferentemente do que conclui MESSINEO¹⁶¹ não se trata de situação fundada no próprio interesse do titular do bem ou de terceiro a quem deseje beneficiar e nem deixa de afetar a extensão do direito de propriedade, apenas porque se possa detectar um vínculo recíproco.

Verifica-se tal situação, por exemplo, na questão da passagem de cabos e tubulações (art. 1286 do Código Civil) e na questão das águas (art. 1291 do Código Civil).

De fato, todo o capítulo V do Título III do Livro III, do Código Civil, referente aos direitos de vizinhança, comportando, dos arts. 1277 a 1313, nos quais, das seções I a VII o legislador tratou do uso anormal da propriedade, das árvores limítrofes, da passagem forçada, da passagem de cabos e tubulações, das águas, dos limites entre prédios e do direito de tapagem do direito de construir, estão presentes inúmeras determinações limitativas de uma pretensa plenitude do direito de propriedade, todas elas visando o melhor acondicionamento do exercício das faculdades proprietárias tanto aos interesses do sujeito proprietário em face de outros proprietários de coisa diversa, quanto dos sujeitos não proprietários, de tal arte que a harmonia e o alcance de interesses gerais se façam presentes.

¹⁶⁰ DINIZ; Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., 4º vol., p. 220.

¹⁶¹ MESSINEO: *Instituzioni di diritto privato*, vol. I, p. 234, apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol.4: direito das coisas. p. 221.

Preocupa a questão de, a esta altura, considerando-se que a função social se insere no próprio conceito estrutural do direito de propriedade, dizer-se que o direito de propriedade sofre limitações ou restrições.

Convém lembrar que,

“para aqueles que consideram a propriedade como relação jurídica complexa, carregada de direitos e deveres, as chamadas restrições e especialmente a função social constituem o próprio conteúdo do instituto, podendo, pois, derivar da natureza das coisas ou de ato administrativo.”¹⁶²

Não nos parece, portanto, que a expressão limitações ou restrições ao direito de propriedade defina a verdade, traduza com fidelidade o que efetivamente acontece com o instituto da propriedade.

Explica-se: Os dicionários bem caracterizam as palavras “limitação” e “restrição” da seguinte maneira:

“Limitação. [Do lat. limitatione.] S. f. 1. Ato ou efeito de limitar[se]2. Determinação, fixação, delimitação: executar uma tarefa sem limitação de tempo; limitação de preços. 3. Contenção, restrição, diminuição: limitação da natalidade; limitação de um poder. 4. Insuficiência, mediocridade: limitação intelectual.”¹⁶³

“Restrição. [Do lat. Restrictione.] S. f. 1. Ato ou efeito de restringir (se) 2. Condicionante (2)”¹⁶⁴

“Restrição. s. f. Ato ou efeito de restringir; esta medida foi tomada sem restrições. Cláusula, condição que restringe.”¹⁶⁵

“Limitação. S. f. Ato ou efeito de limitar. / Fixação, restrição: obter licença sem limitação de tempo.”¹⁶⁶

¹⁶² LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica...cit.*, p. 124.

¹⁶³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3ª ed. atualizada. Curitiba: Positivo, 2004, p 1209.

¹⁶⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário*, cit., p. 1.748.

¹⁶⁵ HOUAISS, Koogan. *Enciclopédia e dicionário ilustrado*. Rio de Janeiro: Delta, 1995, p. 733.

¹⁶⁶ HOUAISS, Koogan, *Enciclopédia... cit.*, p. 510.

“Restrição. 1. Limitação imposta ao exercício de determinados direitos. 2. Ressalva. 3. Condição restritiva. 4. Ato ou efeito de restringir.”.¹⁶⁷

“Limitação. 1. Ato ou efeito de limitar. 2. Restrição; contenção. 3. redução; diminuição. 4. Modificação. 5. Exceção. 6. Determinação; fixação 7. Insuficiência. 8. Característica do que apresenta um limite. 9. O que estabelece as proporções de um bem ou de uma conduta, delineando sua menor ou maior amplitude, da qual não poderá sair.”¹⁶⁸

Tem-se, assim, ao menos no sentido mais corrente como é facilmente entendido, que o direito de propriedade, em sua manifestação real, estaria sofrendo cortes, se sujeitando a diminuições, a estreitamentos na sua amplitude natural. Assemelhar-se-ia a uma interferência indébita ou ao menos indesejada no que deveria restar intocado. E não é isto que se tem, não é esta a visão nem é este o efeito que as limitações geram, no momento.

GONDINHO ¹⁶⁹ já adverte que

“Limite é o instrumento com o qual o direito público ou privado circunscreve um direito, sacrificando a sua extensão ou determinando o seu conteúdo. Tradicionalmente, a noção de limite é negativa, voltada a comprimir os poderes do titular do direito atingido, nunca apta a promover os valores fundamentais do ordenamento, missão primeira da função social.”

Na verdade, estas limitações ou restrições, como bem o foram quando o sentido comum e corrente do direito de propriedade começou a ser posto em dúvida, agora se incorporaram na paisagem, de forma definitiva, isto é, passaram a integrar o novo perfil conceitual do direito de propriedade, de tal arte que já não se diz bem, tecnicamente, assim o achamos, quando se afirma a presença de limitações, pois não há que se falar nelas se, com base nelas se

¹⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 4, p. 191.

¹⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário*, cit., vol. 3, p. 131

¹⁶⁹ GONDINHO, André Osório. Função Social da Propriedade, In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil Constitucional*, cit, p.419.

traçou um novo perfil para o instituto. Não se tratam de limitações, mas de novos elementos que, em razão da visão contemporânea do direito de propriedade, integram o quadro da redefinição conceitual da propriedade, hoje redesenhada sob um novo modelo, previamente construído pelo pensamento constitucional e por uma reconhecida publicização do direito privado, presente de um modo geral, e, no Brasil, de forma clara e definida, seja pelos textos constitucionais pertinentes, seja pelos textos infraconstitucionais que expressam os princípios constantes da Carta Magna.

A Constituição dá por garantido o direito de propriedade, mas, ao mesmo tempo, impõe-lhe o cumprimento da função social.

Não será incomum ou inaceitável a interpretação segundo a qual a propriedade que o direito constitucional garante é a propriedade por ele visualizada, entendida, e esta é aquela que cumpre sua função social. E aquela que cumpre sua função social é também a que se insere num contexto de harmonia de interesses proprietários e não proprietários.

Até porque, conforme definiu José Diniz de Moraes¹⁷⁰ a função social da propriedade

“não é senão o concreto modo de funcionar a propriedade, seja como exercício do direito de propriedade ou não, exigido pelo ordenamento jurídico, direta ou indiretamente, por meio da imposição de obrigações, encargos, limitações, restrições, estímulos ou ameaças, para satisfação de uma necessidade social, temporal e especialmente considerada.”

Conclui-se, pois, que a propriedade, hoje, tem este desenho conceitual novo, que absorveu as limitações e restrições que ao antigo foram sendo

¹⁷⁰ MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 111.

impostas, ao longo do tempo, todas elas conducentes, junto com a função social propriamente dita, à harmonização dos interesses dos sujeitos proprietários e não proprietários de determinados bens. Vê-se, deste modo, que mesmo não se confundindo com a função social ou esta não se reduzindo àquelas, ambas se unem para que a propriedade realize o seu novo propósito de, sem eliminar por inteiro o seu caráter subjetivo, atingir a falada harmonização dos interesses dos sujeitos proprietários e não proprietários a ela ligados. Assim, o seu novo feitio, sua nova compreensão, sua atual natureza abrangem e incorporam estas exigências que aos poucos foram se integrando, com a denominação de restrições, à idéia conceitual de propriedade, formando ao todo um bloco de instrumentos de funcionalização da propriedade, sendo presentes, hoje, realidades como o pluralismo, a despatrimonialização e a solidariedade constantes da Constituição brasileira.

É enxergar, por exemplo, que a repersonalização do direito gera esta compreensão nova da propriedade, a partir do fato de que confere uma nova noção de sujeito jurídico porque “tanto diz respeito ao modo de pensar o Direito quanto à inserção de um outro sentido do sujeito de direito, diverso do sistema clássico, que foi calcado em uma abstração, um corte da realidade.”¹⁷¹

É ver-se, pois, que a função social não é algo externo à propriedade, mas algo integrante de sua própria estrutura. Na verdade os limites impostos pela lei são intrínsecos à propriedade. Dir-se-á melhor que ao invés de atividade limitativa o que temos é atividade conformativa do legislador. Em última análise são características do próprio direito e do seu exercício que, de tão destacadas e postas em relevo acabam por compor o conteúdo intrínseco da relação¹⁷².

¹⁷¹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p.232.

¹⁷² GOMES, Luiz Roldão de Freitas. O estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro. *Revista Forense*, São Paulo, ano 86, v. 309, jan./ fev./ mar. 1990, p. 30.

É certo que há quem, com certo preciosismo, autores como MARTÍNEZ¹⁷³ estabelecem diferença entre termos como limitações e delimitações, visando a demonstrar que aquelas estabelecem restrições ao direito e estas estabelecem o contorno, o conteúdo do mesmo, como nesta passagem:

“Es necesario distinguir entre las normas que imponen restricciones (limitan) al derecho fundamental y las normas que configuran, determinan el contenido o regulan el ámbito del derecho fundamental (delimitan). No todas las normas de Derecho ordinario que afectan a un derecho fundamental son restricciones a tal derecho, lo que conviene tener en cuenta, ya que una norma que no limita, sino delimita un derecho fundamental no tiene que ser justificada como restricción frente a tal derecho.”

Embora se reconheça a razoabilidade do argumento para os fins em que a distinção é posta, isto é, ter ou não ter que haver justificação para norma limitadora e para a norma delimitadora, no nosso caso, o texto não afeta as conclusões últimas a que estamos chegando, no sentido de que as normas limitadoras (restritivas) acabaram sendo incorporadas pelo grande princípio delimitador (a função social).

Na verdade, foi através das normas limitadoras, restritivas, que se foi mudando o rumo do traço que haveria, afinal, de redesenhar o perfil do estatuto proprietário, a função social. Até porque, como visto, mesmo as normas de carácter individual, ligadas por exemplo, ao direito de vizinhança, acabam se inspirando e tendo por fonte a necessidade de uma convivência social harmônica entre as pessoas, presentes aí também os vestígios, os traços, da função social da propriedade. Afinal, o delimitar parte do limitar. Ao se estabelecerem as

¹⁷³ MARTÍNEZ, Fernando Rey. *La propiedad privada en la constitución española*. Madrid: Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. xxxviii-xxxix.

Tradução livre: “É necessário distinguir entre as normas que impõem restrições (limitam) ao direito fundamental e as normas que configuram, determinam o conteúdo ou regulam o âmbito do direito fundamental (delimitam). Nem todas as normas de Direito ordinário que afetam a um direito fundamental são restrições a tal direito, o que convém levar em conta, já que uma norma que não limita, apenas delimita um direito fundamental não tem que ser justificada como restrição frente a tal direito.”

delimitações, respeitam-se as limitações pré-existentes ou estas, pelo menos, funcionam como indicadores do que já é exigido da propriedade, considerando-se seu novo papel e perfil.

Ao longo deste capítulo buscamos mostrar como a função social da propriedade provoca o surgimento de elementos novos na compreensão da relação jurídica proprietária, como a intersubjetividade ativa e passiva, sem necessariamente ter que se atomizar, embora os diversos estatutos proprietários.

Como a garantia da propriedade privada, declarada na Constituição, que leva à reflexão séria sobre o direito à propriedade e, finalmente, o papel desempenhado pelas limitações e restrições, como verdadeiras precursoras da função social.

Tudo, porém, carece de mais uma busca para compreensão mais completa: a da relação proprietária em movimento, em sua dinâmica, na qual um elemento antes meramente coadjuvante, segundo o pensamento proprietário anterior, passa à condição de peça essencial: a posse.

CAPÍTULO V

A DINÂMICA DA NOVA PROPRIEDADE: O PAPEL DA POSSE

5.1 POSSE: UMA IDÉIA CONCEITUAL

Tema de inegáveis dificuldades, a posse atravessa os tempos como instituto de múltiplas facetas, visto e entendido de formas diferentes, mesmo quando pesquisado em suas fontes romanas remotas, como bem o demonstram as duas teorias mais conhecidas e utilizadas no direito ocidental e, especialmente, no direito brasileiro, quais sejam a teoria subjetiva (Savigny) e a teoria objetiva (Jhering). É que, no direito romano, dizem-no os pesquisadores mais importantes, não havia um conceito unitário de posse, devendo-se tal fato, por certo, como o revelam os estudos históricos do direito romano, à presença das interpolações e das glosemas, que eram alterações introduzidas no texto clássico do direito romano, estas ocorridas no período pós-clássico e aquelas, no período do governo de Justiniano, pela Comissão encarregada de elaborar o *Corpus Iuris Civilis*.¹⁷⁴

Clóvis Bevilacqua, sem embargo de sua notória genialidade, reconhecia os espinhos do tema. Em carta dirigida a Melchiades Picanço, que lhe enviara seu livro “A posse em face do Código Civil”, assim se expressa o mestre:

“Em matéria tão cheia de obscuridades e controvérsias, conseguiram os seus comentários ser claros, precisos e de boa doutrina [...] felicito-me por ter na sua esclarecida opinião apoio valioso para a minha, no tratarmos do mesmo objeto. Se alguma vez parece que divergimos, é porque eu não pude exprimir o meu pensamento com a clareza necessária, como em relação à perda da posse pela transcrição. Eu quis dizer que, se a transcrição é tradição solene, deve significar ter sido o imóvel entregue ao adquirente.”¹⁷⁵

Mesmo assim, importa adentrar nele, como forma indispensável, se não única, de se compreender o papel atual do direito de propriedade, conforme as

¹⁷⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse. Evolução histórica*. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1.985, p. 6.

¹⁷⁵ PICANÇO, Melchiades. *A força eterna do direito, vol. II*. Niterói: [Editora?] 2003, orelha da primeira capa.

exigências que a socialização impõe aos grandes institutos do direito, mormente no que tange ao sentido mais abrangente da função social. Como sabido, a mesma atinge, hoje, a propriedade, a posse, os contratos etc, conforme se lê nos melhores doutrinadores, seja do direito pátrio, seja no direito internacional, o que, na verdade, na maioria dos casos, é a aplicação dos textos expressos da legislação incorporadora destes princípios, à força das exigências cada vez mais fortes dos destinatários da lei e do direito.

É assim que, por exemplo, na legislação pátria, a Constituição Federal, especificamente a respeito da propriedade assegura que:

“Art.5º
 XXII – é garantido o direito de propriedade;
 XXIII- a propriedade atenderá a sua função social;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I -
 II – propriedade privada;
 III – função social da propriedade;

Art.182.....
 § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor;
 § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

Art, 184. Compete à União desapropriar por interesse social para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.
 § 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

Art, 185 São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:
 I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social.

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

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Art. 191. Aquele que não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua morada, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

Não que se tenha posto de lado o brocardo latino “*Nihil comune habet proprietas cum possessione*”¹⁷⁶, aliás mitigado ao seu tempo, mas que se o tenha posto em seu devido lugar. Na verdade, não queriam os romanos dizer que entre a propriedade e a posse nenhuma relação houvesse, de forma absoluta, porque tal representaria um absurdo, uma vez que, naturalmente, o proprietário seria aquele que mais comumente estaria a praticar atos possessórios sobre a coisa objeto de seu direito, mas desejava-se acentuar a independência da posse, enquanto instituto jurídico autônomo, a produzir efeitos importantes independentemente da propriedade e, muitas vezes, até em oposição ao seu titular, como, *verbi gratia*, nas hipóteses de defesa possessória e ressarcimento por benfeitorias, este com a agregação do direito de retenção.

Desejava-se, por exemplo, ressaltar, no que respeitasse à defesa da posse através dos interditos, o caráter restrito e específico do campo possessório, na

¹⁷⁶ “Nada há de comum entre a propriedade e a posse.”

pugna judicial, ou seja, se o tema era a posse, seja para sua prevenção, manutenção ou restituição, não só o objetivo era a posse mas a razão de ser da pugna judicial também o era, sendo incompatível com o feito possessório a alegação de direitos outros a justificarem a ameaça, a turbação ou o esbulho, inclusive o direito de propriedade.¹⁷⁷

Neste sentido se podia, então, alargadamente, dizer que nada havia de comum entre a propriedade e a posse.

Fora daí, todavia, juntam-se a propriedade e a posse, numa mescla interessante e necessária, como será visto mais adiante, sem, todavia, se estabelecer uma dependência entre a posse e a propriedade, a impor a existência daquela somente se decorrente desta. Mostra-se, assim, imprópria aos fatos do direito contemporâneo, a conclusão Jheringiana de que onde não exista a propriedade não se pode falar em posse, como se esta dependesse absoluta e completamente daquela e jamais desempenhasse qualquer papel mais relevante do que ser apenas o conteúdo ou o objeto de um direito.¹⁷⁸

Com agudeza de espírito, já observava FACHIN, antes da vigência do atual Código Civil:

“Tem trânsito livre na ciência jurídica moderna a noção de que a posse é mera exteriorização da propriedade, admitindo-se excepcionalmente a figura do possuidor não proprietário. Enjaular o fenômeno possessório desta forma corresponde a uma visão superada pela realidade, mas ainda não reconhecida. Esse confinamento hoje inaceitável é contraditado pela prioridade histórica da posse sobre a propriedade.
[...]

¹⁷⁷ LIMA, Getúlio Targino. *As ações possessórias no Código de Processo Civil vigente*. Goiânia: Roriz Gráfica e Editora, 1974, p. 8-9.

¹⁷⁸ JHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. Trad. de Pinto de Alencar. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1959, p. 15

O estudo da posse, por conseguinte, está diretamente relacionado com a compreensão do fenômeno da propriedade, nas dimensões histórica e jurídica...”¹⁷⁹

Mais adiante, clama o autor por atitudes que vieram, a seguir, a serem tomadas pelo Código Civil, verbis:

“A função social da propriedade é também princípio jurídico. Ao seu lado, a função social da posse, dela distinta, está a exigir novo tratamento legislativo, compatível com a posse material e com a redução dos prazos de usucapião a lapsos de tempo mais exíguos.”¹⁸⁰

A posse pode ser derivada ou não da propriedade. Por isto é que se buscará analisar a posse oriunda da propriedade, em razão dos objetivos a que nos propusemos neste trabalho, sem desprezar, todavia a realidade de que a posse pode perfeitamente se estabelecer e consolidar sem a propriedade, vindo, até, a se transmudar nela, pela usucapião.

Há, portanto, uma definição do espaço possessório a ser explorado neste trabalho. O que buscamos analisar é a posse enquanto natural consequência da propriedade, faculdade dela, de modo a estabelecer o novo papel que a posse realiza, contemporaneamente, a partir da funcionalização do direito de propriedade, sob o império do texto constitucional brasileiro, absolutamente comprometido com a função social que exige seja cumprida pela propriedade.

Orlando Gomes observa que a questão possessória está perfeitamente abarcada pelo fato de estarem as coisas, de um modo geral, subsumidas ao poder do homem, numa verdadeira submissão decorrente do próprio poder reformulador, adaptador ou criador do ser humano, completando:

¹⁷⁹ FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 13.

¹⁸⁰ FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse...* cit., p. 95.

“Esta submissão é um estado de fato, que se apresenta, para o direito, sob três formas: 1ª) o estado de fato correspondente ao direito de propriedade ou a outro direito real que a pessoa tem sobre a coisa submetida ao seu poder; 2ª) o estado de fato corresponde a um direito de outra natureza que não o direito real; 3ª) o estado de fato não corresponde a direito algum, ou decorre de uma relação jurídica que apenas possibilita a aproximação de uma pessoa a uma coisa.”¹⁸¹

A sempre lúcida posição do grande civilista baiano mostra, de modo direto e incontornável, que a posse não se precisa originar, necessariamente, no direito de propriedade, ou até mesmo de outro direito diverso da propriedade, podendo decorrer de uma relação jurídica que simplesmente aproxime a pessoa da coisa, donde restar completamente escorraçada a idéia de que somente a propriedade como direito, poderia gerar a posse, uma vez que esta poderá surgir, obviamente, muitas vezes, de outra relação.

Cede espaço, então, a tese de que a defesa da posse seria, *ultima ratio*, como o desejava Jhering, apenas uma projeção das conseqüências do direito de propriedade, de tal forma que o direito protegeria a posse, por sua vez, pretendendo, indiretamente, proteger a propriedade.¹⁸²

Na verdade, ao assim se manifestar o grande jurista acabou por consagrar a importância da posse na constituição substancial da propriedade, pois este direito se manifesta exatamente nos atos possessórios praticados por seu titular, que, assim, mostra ao meio circundante que ele é o proprietário, ao menos à primeira vista, posto que assim seria o natural, ou seja, que o possuidor seja o proprietário e porque, hoje, propriedade sem posse se nos afigura como direito sem garantia plena de sua própria sustentação, ou com grande possibilidade de se desmoronar ou sofrer gravíssimas restrições, ante a afirmação enfática da Constituição de que a propriedade cumprirá a sua função social.

¹⁸¹ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1.978, p. 26

¹⁸² JHERING, Rudolf Von. *Posse e interditos possessórios*. Trad. de Adherbal de Carvalho. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1959, p. 59.

Maria Helena Diniz, em oportuna lição a respeito da origem da posse, investigada em Savigny,¹⁸³ referindo-se à tese adotada por Jhering, explica que a posse surgiu com as medidas discricionariamente concedidas pelo pretor, nas ações reivindicatórias, pelas quais concedia, a qualquer um dos litigantes, a guarda da coisa, consolidando-se esta situação provisória, em virtude da inércia das partes. Ocorrida a concessão provisória, o autor da reivindicatória não mais se interessava no prosseguimento desta, posto que já alcançara seu desiderato e a parte contrária, inferiorizada, também se desinteressava, ante o fato declarado provisoriamente, a lhe fazer inoperantes outros meios de prova.

Com o passar do tempo, a discricionariedade do pretor foi substituída por critérios mais justos, mais assentados em provas produzidas na fase inicial do processo, de tal modo que a concessão da guarda da coisa passou a beneficiar aquele que melhores provas houvesse produzido até aquele momento. Este fato, com mais razão, gerava o desinteresse posterior das partes litigantes, uma vez que a prova produzida que conduzia o julgador à concessão provisória, na verdade já a tornava quase definitiva, em favor do que a obtivera e a parte contrária, não dispondo de melhores provas se omitia.

Assim, o que era apenas uma fase preliminar da ação reivindicatória foi tomando o caráter de ação autônoma, de natureza declaratória do estado de fato e não apenas isto, mas com o objetivo de defendê-lo.¹⁸⁴

Sílvio de Sávio Venosa desenvolve interessante teoria a respeito da posse, verbis:

¹⁸³ SAVIGNY, Frederic Von. *Traité de la possession en droit romain*, 7. edição, Paris: p. 178 ; JEHRING, Rudolf Von.. *Du rôle de la volonté dans la possession*, Paris, 1891, p. 107, apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 4, cit., p.31-32.

¹⁸⁴ DINIZ. Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, cit. vol. 4, p. 31-32

“Sem a credibilidade da sociedade nos estados de aparência, inviável seria a convivência. A cada instante, defrontamos com situações aparentes que tomamos como verdadeiras e corretas. Assim, não investigamos se cada empregado de um estabelecimento bancário possui relação de trabalho com a instituição para nos dar a quitação a pagamento que efetuamos; não perguntamos ao professor que adentra em sala de aula e inicia sua preleção se ele foi efetivamente contratado pra essa função; não averiguamos se o motorista que dirige o táxi ou ônibus que utilizamos é habilitado, e assim por diante.

Se a sociedade não pode prescindir da aparência para sua sobrevivência, o direito não pode furtar-se de proteger estados de aparência, sob determinadas condições, porque se busca, em síntese, a adequação social. Sempre que o estado de aparência for juridicamente relevante existirão normas ou princípios gerais de direito a resguardá-lo.

Neste diapasão, refletimos sobre a realidade social que nos envolve. Nosso vizinho reside em imóvel que presumivelmente é seu; o transeunte, que porta um relógio, deve ter relação jurídica com o objeto; provavelmente é seu proprietário.

Deste modo, a doutrina tradicional enuncia ser a posse relação de fato entre a pessoa e a coisa. A nós parece mais acertado afirmar que a posse trata de estado de aparência juridicamente relevante, ou seja, estado de fato protegido pelo direito.”¹⁸⁵

Em outro momento e local disséramos, considerando a abstração do Código Civil de 1916:

“De qualquer forma, com teoria de Ihering ou de Savigny, com o Código Civil refletindo ou não a teoria objetiva, o certo é que a posse sob o enfoque do direito comum e conforme ali regulada pode se traduzir na inflexão imediata sobre a coisa com a consciência disto e sem infringência de dispositivos legais ou na simples possibilidade de disposição da coisa, sem o poder de fato efetivo, ausente o texto legal desconstituído da posse.”¹⁸⁶

O instituto, por sua vez, embora as imensas dificuldades de sua conceituação e completa compreensão, somente foi crescendo de importância, atingindo, hoje, patamar ímpar, diante das condições impostas pelas necessidades da sociedade, seja como situação autônoma, seja como decorrência natural do direito de propriedade, posto em exercício, quando a posse alcança

¹⁸⁵ VENOSA, Sílvio de Sávio. *Direito civil: direitos reais*. 3.^a ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2003. p. 41/42.

¹⁸⁶ LIMA, Getúlio Targino. *A posse agrária sobre bem imóvel*. São Paulo: Saraiva, 1.992, p. 48/9.

também, em razão do princípio da função social, a condição de indispensabilidade.

5.2 POSSE DERIVADA OU NÃO DA PROPRIEDADE

De há muito tempo temos nos esbatido com esta explicação, presente em diversos manualistas, monografistas e tratadistas do direito.

Afirmam que a diferença fundamental entre a propriedade e a posse está em que a propriedade é um direito, consagrado no texto legal, no ordenamento jurídico, enquanto que a posse é apenas um fato ao qual a lei atribui conseqüências jurídicas.

Os exemplos são marcantes, verbis:

“Posse é fato. Fracassaram as tentativas de caracterizá-la como direito, inclusive a de Ihering, líder da corrente.”¹⁸⁷

“(…) O legislador brasileiro definiu a posse, vendo-a do mundo jurídico, mas sabendo que ela está no mundo fático, que é apenas elemento fático que pode vir a entrar no mundo jurídico em virtude de algum ato jurídico ou negócio jurídico que a tome como um dos elementos, ou em virtude de ato-fato ou, ainda, de fato jurídico puro. Quando se exerce, com a posse, direito, tal exercício é fato do mundo fático que toca ao titular.”¹⁸⁸

Apanhamo-nos, embora isto, em infindáveis elucubrações a respeito desta diferenciação. Com efeito, não se pode negar que a posse está assentada em fatos, algo palpável, um acontecimento produzido pelo homem em face da coisa, evidenciando-a sob seu poder, a começar pela própria inflexão exercida sobre o

¹⁸⁷ FABRICIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo III, Rio de Janeiro: Forense, 1980. p.456.

¹⁸⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado: direito das coisas*, tomo X, Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1955, p.6

bem, salvo hipóteses legais de ficção jurídica, quando não se exige, por exemplo, a presença efetiva deste poder de fato sobre a coisa, como no constituto possessório¹⁸⁹ (parágrafo único do art. 1.267 do CC) ou na sucessão hereditária (art.1.784 do CC).

A lei, considerando circunstâncias relevantes como a boa-fé do possuidor, a justiça da posse etc., confere àquela situação fática efeitos os mais diversos, referentes à indenização por benfeitorias úteis e necessárias e ao direito de levantamento das voluptuárias (art.1.219 do CC), ao direito de retenção da coisa até que sejam pagas as benfeitorias úteis e necessárias (art.1.219 do CC e art.744 do CPC), ao direito à percepção dos frutos, (art. 1.214 do CC) ao direito do desforço necessário e à legítima defesa (§ 1º do art. 1.210 do CC) e ao acesso aos interditos possessórios, exercitáveis inclusive contra o proprietário (art. 1.210 do CC e arts. 926 e 932 do CPC).

No fato físico do poder exercido sobre a coisa, nos atos possessórios realizados sobre ela, traduzidos em benfeitorias ou no fato de ter a mesma à sua disposição reconhece a lei a presença da instituição da posse, com as conseqüências mencionadas. Assim está na lei, assim a lei define, conceitua, ainda que indiretamente, e dimensiona o fenômeno possessório. Vem daí, pensamos, a explicação de que a posse é um fato que produz direitos ou ao qual a lei reconhece efeitos jurídicos. A posse está iniludivelmente ligada a fatos materiais, a comportamentos do seu titular sobre os bens da vida que o circundam, manifestando-se tal comportamento mediante atos praticados sobre o bem e que se traduzem nos atos possessórios, ou seja, benfeitorias, melhoramentos, gastos aplicados na coisa, visando a conduzi-la ao seu

¹⁸⁹ LIMA, Getúlio Targino. Cláusula “constituti”.In: FRANÇA, R. Limongi (Coord)*Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 15, São Paulo:Saraiva, 1977, p. 26-28.

desiderato natural, aperfeiçoado pelos objetivos econômicos e sociais que o homem e a sociedade impõem às coisas conforme encontradas na natureza.

É certo que, mesmo em Jhering, o qual reconheceu a natureza jurídica da posse como sendo a de um direito, haja alguma contradição a este título.

Mas, ao analisarmos a propriedade, cuja natureza jurídica é reconhecidamente a de um direito, *mutatis mutandis*, encontramos situação idêntica. A propriedade está indicada, prevista, conceituada, também ainda que indiretamente, como a posse, no texto legal, no ordenamento jurídico.

Para que venha à tona, todavia, para que produza os efeitos, para que exista no mundo das realidades, ocorrem fatos, aos quais a lei atribui conseqüências jurídicas. Basta ver o elenco de hipóteses de aquisição da propriedade, seja sobre bem imóvel seja sobre bem móvel.

Assim, se pensarmos na propriedade sobre bem imóvel, a lei civil aponta, inicialmente, a usucapião (arts. 1.238 a 1.244 do CC). Ora, a usucapião é uma evidente caso de fato a gerar o direito de propriedade (a própria posse, traduzida em atos possessórios levados a efeito sobre a coisa, respeitadas condições exigidas pela lei como a qualidade da posse, o tempo decorrido e a idoneidade do objeto da usucapião). A aquisição pelo registro do título não difere do exemplo anterior. Dá-se um contrato, produz-se um título, registra-se o mesmo no Registro de imóveis e se tem a propriedade (arts. 1.245 a 1.247 do CC). Não refoge ao raciocínio desenvolvido a hipótese aquisitiva da acessão (arts. 1.248 a 1.259). Em qualquer de suas hipóteses, o que aparece primeiro é o fato, a gerar a conseqüência aprioristicamente criada pelo direito. A acessão é uma forma de aquisição do direito de propriedade, partindo do princípio de que coisas imóveis podem aderir a outras da mesma natureza, principalmente se se considerar que a

classificação dos bens como imóveis segue a uma sub-divisão que admite a presença de imóveis por sua própria natureza e por destinação (arts. 79 a 81 do CC). Desta forma, ocorrendo fenômenos físicos como o aluvião e a avulsão tem-se que, por eles, determinadas porções de terra podem se juntar a outras, o que, ocorrendo, cria um problema, qual seja o de se definir a propriedade sobre o trecho acrescido. Entra aí o artificialismo do direito o qual, visando a paz social, determina que do proprietário do terreno acrescido torne-se proprietário do acréscimo, mediante certas condições.

Não é diferente com as ilhas e com o álveo abandonado. São acréscimos, cuja propriedade se define pela efetiva aderência ao terreno ao qual se achegaram ou pela aderência presumida (no caso das ilhas), considerada a linha de testada de cada um dos proprietários ribeirinhos.

No caso das plantações ou construções, a hipótese fática é idêntica, diferindo apenas pelo fato da presença efetiva da atividade humana (plantação, edificação ou construção), todavia o fenômeno da aderência física é igual. Diante do fato, necessária a definição da propriedade, o que o faz a lei, considerando que este acréscimo pertencerá ao proprietário do prédio acrescido, mediante certas condições.

Não se nos parecem diversas as hipóteses de aquisição da propriedade móvel, quanto a aplicação deste raciocínio jurídico, seja na usucapião, na ocupação, no achado, na tradição, na especificação e na confusão, comistão ou adjunção (arts. 1.263 a 1.274 do CC).

Enquanto tais fatos não ocorrem, não aparece a propriedade, teorizada, como a posse, na lei.

É certo que adquirir não é o mesmo que existir. Para que se adquira a propriedade sobre um bem é necessário, primeiro, que a propriedade, enquanto direito, preexista, anotada e identificada na lei.

Mas tal existência, pura e simples, no texto legal, não confere realidade vital ao instituto, que somente se demonstra quando posto em movimento, em atuação, tal qual acontece com a posse, também prevista na lei mas sem vida antes que os fatos que definem o seu contorno aconteçam.

Ocorrendo os fatos, a lei atribui a eles a consequência jurídica de fazerem nascer a propriedade, com todas as faculdades, vantagens, obrigações e responsabilidades que ela prevê.

Que a titularidade dominial confere faculdades superiores às concedidas pela titularidade possessória, não resta a menor dúvida, o que torna a propriedade superior, neste sentido, à posse. Aí, sim, reside a grande diferença, posto que o possuidor não tem a seu dispor as mesmas franquias que tem o proprietário. Aliás, para chegar a tê-las, há de se transformar em proprietário, o que pode ocorrer, por exemplo, pelo exercício da posse, nas hipóteses consagradas da usucapião.

Mas daí a se ter a propriedade como direito e a posse como simples fato gerador de efeitos jurídicos vai uma grande distância, uma vez que a posse é reconhecida pelo sistema jurídico vigente, tem características suficientes para seu reconhecimento como direito, além do artificialismo e insustentabilidade da afirmação “fato a que o direito reconhece efeitos jurídicos”, pois tal se pode aplicar também à propriedade e a outros institutos jurídicos, como a sucessão, a personalidade etc.

No magistério do consagrado Caio Mário da Silva Pereira, o tema se apresenta, ao nosso sentir, como devidamente esclarecido, nos moldes do que vimos desenvolvendo, como nossa formulação pessoal, nos parágrafos anteriores.

Realmente, a lição do mestre mostra, primeiramente, a imprecisão das fontes romanas, onde a posse é proclamada como um simples fato, *res facti*, (*Res facti: Digesto, liv. 41, Tit. II, fraag. 4*), um direito, *de iure dominii sive possessionis* (*De iure dominii, sive possessionis: Digesto, Liv. 48, Tít. VI, fr. 5, par. 1º*) ou ainda, de modo ambivalente, um fato e um direito, simultaneamente: *probatio traditae vel non traditae possessionis non tam in iure quam facto consisti* (*Paulus, sententiae, Liv. V, Tít. XI, frag. 2*)¹⁹⁰ resultando daí que o embate nunca acaba, seja pelos fundamentos de cada corrente, seja pela autoridade intelectual daqueles que as integram.

De qualquer modo, todavia, urge tomar uma posição, e o fazemos com apoio em Caio Mário da Silva Pereira, posto que parte dos mesmos argumentos desenvolvidos retro e chega a conclusão a que queremos chegar.

Realmente, diz o respeitado doutrinador:

“Não deve perturbar a questão a circunstância de em toda posse assomar uma situação de fato, pois que numerosas relações jurídicas aparentam igualmente uma situação desta ordem, sem que se desfigurem, perdendo a condição de direito. a propriedade mesma, como todo direito real, vai dar numa posição de assenhoreamento, que se manifesta por inequívoco estado de fato. E nem por isto deixa de ser um direito, paradigma, aliás, de toda uma categoria de direitos. Direito creditório, é direito inequivocamente, o crédito representado por um título-valor implica uma condição fática, em que a relação jurídica se não dissociada da materialização instrumental, de cuja

¹⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – direitos reais*, vol. IV, 18ª ed., atualização de Carlos Edison do Rego Monteiro Filho, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 25.

exibição depende a efetivação do poder creditório do titular. O que cumpre, então, é focar a efetivação à luz do conceito, e ver que se lhe enquadra, sem confundir-se com o fato que o gerou.

As escolas, tanto subjetiva quanto objetiva, destacam na posse um poder de vontade, em virtude do qual o possuidor age em relação “a coisa”, dela sacando proveito ou benefício. É, pois, um estado em que o titular procede em termos de lograr a satisfação de seus interesses. É uma situação em que a ordem jurídica impõe requisitos de exercícios, cujo cumprimento assegura a faculdade de invocar a tutela legal.

Vista de outro ângulo, e partindo de que o todo direito corresponde uma ação que o assegura (o que vinha consignado no art. 75 do Código Civil de 1916 encontra hoje sua fonte no art. 5º. N. XXXV da Constituição de 1988) ou atentando em *actio nihil aliud est quam ius prsequendi in iudicio quod sibi debetur*, (Institutas, Liv IV, Tít. VI, pr) o caráter jurídico da posse decorre de que o ordenamento legal confere ao possuidor ações específicas, com que se defender contra quem quer que o ameace, perturbe ou esbulhe.”¹⁹¹.

Esclarece o jurista que, ainda quando questionado o fato de a posse injusta também poder ser defendida, o que seria proteger comportamento antijurídico, a resposta de Jhering é a de que tal proteção vem em vista da visibilidade da propriedade e não em socorro do possuidor injusto, acrescentando o jurista brasileiro que a proteção aludida só se dá contra agressão de terceiros e nunca contra aquele de quem o possuidor injusto houve a posse.¹⁹²

De nossa parte, continuamos afirmando, como já o vínhamos fazendo há tempos, que, neste caso, o que se protege não é a posse injusta, que para nós não existe, em face do conceito de posse, mas protege-se uma detenção especial, uma situação especial em que a detenção, que não gera direitos, produz este, para evitar o conflito generalizado, em nome da paz social.¹⁹³

Realmente, a rigor, considerando-se a dicção do art. 1.200 do Código Civil, não há como se falar em posse injusta, porquanto esta, se alcançada

¹⁹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, cit., vol. IV p. 26-27.

¹⁹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...* cit., vol. IV, p. 27.

¹⁹³ LIMA, Getúlio Targino. A problemática da posse justa e injusta no direito brasileiro. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n.257,1977, p. 155-159

mediante violência ou clandestinidade (art. 1.208 do Código Civil) na verdade não é posse, eis que esta não tem sua aquisição autorizada por lei, nesta situação, salvo depois de cessada a violência ou a clandestinidade, quando, então, instaurar-se-á o reino da pacificidade e da publicidade, e, portanto, da posse *ad interdicta*, ou seja, a posse justa. Em caso de precariedade, tal vício jamais convalesce, de modo que a situação não se pode consertar, senão através da devolução da coisa, desaparecendo o corpus e, de conseqüência, a possibilidade da posse. Logo, quando se estabelece o poder de fato da pessoa sobre a coisa, mediante violência ou clandestinidade, o antigo possuidor perde a posse, mas o esbulhador alcança apenas o poder físico sobre a coisa, ou seja, a detenção, posto que não consegue alcançar o terceiro elemento da conceituação objetiva da posse, que é a inexistência de fato impeditivo de seu surgimento, embora as aparências externas deste instituto, como se vê, também, das hipóteses dos arts 1.198 e 1.208 do Código Civil.

A defesa que se confere, então, a quem exerce o poder de fato sobre a coisa contra terceiros de quem não a tenha havido não é da “posse injusta”, mas da própria detenção, que, nesta situação especial, gera este único efeito jurídico, em nome da paz social. Temos por mais curial admitir que, excepcionalmente, se confira à detenção tal efeito, do que fazer desmoronar toda a teoria conceitual da posse, para admitir tal conseqüência a uma chamada “posse injusta”, que ou não tem sua aquisição autorizada ou só se constitui como posse quando perde os vícios que a maculam, firmando-se como justa.

Mas, finalmente, conforme aliás a tendência da doutrina e dos códigos modernos, tem-se que a posse é um direito.

Daí a surpresa de a lei civil brasileira atual não haver incluído a posse entre os direitos reais, embora trate da mesma, destacadamente, no livro

referente ao direito das coisas, sem embargo dos esforços de Herbert Chamoun, responsável, na Comissão, por esta parte do Anteprojeto do Código Civil vigente.

Uma coisa, todavia, deve ser posta em destaque: a posse decorrente da propriedade, razão e objeto de nosso estudo neste trabalho, hoje, é muito mais do que a tradicional exteriorização da propriedade, mencionada por Jhering, a exercer, pode-se dizer, um papel de representação externa da propriedade, como que uma forma visual da mesma, sem qualquer outro comprometimento com a essência deste instituto magno do direito privado: a propriedade.

Por ela é que a propriedade não só se manifesta, em seus efeitos externos decorrentes de seus atributos substanciais como também se justifica e legitima, posto ser impossível conduzir a coisa objeto da propriedade a que alcance sua finalidade natural, econômica e social sem que sobre ela exerça o proprietário os atos possessórios próprios, demonstradores do uso, do gozo das utilidades e frutos que a coisa possa produzir.

5.3 POSSE DERIVADA DA PROPRIEDADE: SUA MISSÃO E SIGNIFICADO NA NOVA PROPRIEDADE

De certo, definir a propriedade não é tarefa simples e, ao contrário, reconhece-se, tal a variabilidade de facetas do instituto, a quase impossibilidade de sua consecução, sendo mais viável a sua conceituação e esta mesma também muito difícil, em face da busca de concretude para um conceito abstrato.

De fato, quando se vê o texto legal, observa-se o cuidado do legislador em não definir o instituto, apenas indicando as faculdades deferidas pela lei ao seu

titular. De fato, o art.1.228 do CC declara que “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”, repetindo o art. 524 do Código anterior, do qual retirou a palavra “direito”, substituída por “faculdade” e acrescentou a palavra “detenha”, ao lado de “possua”.

Não teria sido por mero capricho, mas está evidente o intuito de atualização, adequação do texto codificado ao novo espírito que impulsiona a propriedade, sob evidentes ventos constitucionais que lhe deram novo roteiro, novo rumo e nova dimensão.

Ao declarar que a lei assegura ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor de seus bens, ao invés de declarar que a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, a lei, sintomaticamente, demonstrou uma queda naquele sentido de império, de intocabilidade nas ações do proprietário, em razão de sua relação de dono com o bem objeto de seu direito de propriedade.

É claro que não desejamos levar ao extremo do literalismo a palavra faculdade, utilizada no texto legal. Aliás, na busca por uma compreensão do direito de propriedade, verificamos no direito romano o conceito de *jus*, às vezes se contrapondo ao de *dominium*, inclusive com diversas acepções¹⁹⁴, de tal maneira que, com esta feição de conceito complexo, compunha-se de um ordenamento e de uma faculdade, tomada esta não como vista na moderna idéia

¹⁹⁴ VILLEY, Michel. Les origines de la notion de droit subjectif, in *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*, Paris: Dalloz, 1962, p. 223-224; apud VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade. Construção de um direito. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 734

de liberdade individual, mas de poder social, habilitação do indivíduo dentro do ordenamento estabelecido.¹⁹⁵

Nada obstante isto, considerados os aspectos abstracionistas de nossa legislação, talvez não tenha sido a esta a melhor expressão, quanto aos poderes do proprietário, em face do disposto no art. 5º, inciso XXIII, que impõe à propriedade o cumprimento de sua função social, o que bate de frente com a possibilidade de um proprietário inerte, que tenha apenas a faculdade de usar, gozar e dispor de seus bens, podendo, portanto, exercê-la ou não.

Se o que se lhe confere é a faculdade, não se lhe pode exigir que efetivamente use, goze ou disponha do que é seu e tal situação de imobilismo, a rigor, e forte no texto expresso, não poderia gerar, em seu desproveito, qualquer conseqüência, posto que teria, mesmo inerte, apenas e simplesmente, se postado nos limites da lei.

Se o que a lei confere, a título de direito de propriedade, é a faculdade de usar, gozar ou dispor dos bens, se não o fizer o proprietário, efetivamente estará postado numa posição que lhe é permitida pela expressão “faculdade de...”

Sob a ótica meramente literal do texto do Código Civil, sim. Mas, como sabido, impossível a visitação do texto da lei comum sem a companhia esclarecedora, aclaradora e indicadora de fins superiores da Lei Maior.

Em verdade, mesmo sem atender à corrente meramente publicizante do direito privado, o que corresponderia a esvaziá-lo quanto ao seu conteúdo próprio, e mesmo não confundindo previsão constitucional com imediata

¹⁹⁵ CLAVERO, B. *Institución histórica del derecho*, In: CLAVERO, B., ESPAÑA, A., PETIT, C. e VALLEJO, J. *Curso general de história del derecho*. Madrid: Marcial-Pons, 1992 p. 24-25

instituição do direito público, é impossível deixar de reconhecer que a previsão constitucional produz mais do que apenas prever. Quando um instituto de direito privado alcança ser guindado ao nível constitucional, nele sendo inserido, ainda quando tenha suas raízes fincadas no solo privatístico, não mais poderá deixar de ser analisado sob a ótica e interpretado sob as regras exegéticas do direito público-constitucional. Isto para não se falar das exigências mais complexas quanto à sua modificação, seja pela impossibilidade desta, quando se tratar de cláusulas pétreas.

Ademais disto, é óbvia a necessidade, quando do estudo do direito privado, da busca das normas constitucionais, pois as mesmas são o fundamento e a justificação vital de todo o ordenamento jurídico, vencida de há muito aquela fase do direito quando o direito privado (leia-se o direito civil, mais precisamente o Código Civil) caminhava em linha completamente desvinculada da regra constitucional, esta dirigida a outros setores ou instituições.

Weimar, na Alemanha, inaugurou a nova fase em que a Constituição passou a funcionar como guia, orientadora, verdadeiro garante do direito privado, de modo que, por exemplo, as liberdades classicamente conhecidas e os direitos fundamentais passam ao status de valores fundantes, com obrigatório respeito da parte dos planos legislativo, administrativo e jurisprudencial.¹⁹⁶

Parece-nos, hoje, absolutamente indispensável que o proprietário, muito além de cumprir as formalidades legais para se apresentar no meio jurídico como titular deste direito, faça com que o bem objeto de sua propriedade atinja sua função natural, inerente a ele mesmo, bem como as funções econômica e social, considerados a pluralidade dos sujeitos proprietários e não proprietários, todos titulares de interesses, faculdades e garantias legais, que se cruzam na

¹⁹⁶ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 39, 49, 57, 82-85.

intersubjetividade ativa e passiva da relação proprietária, bem como os objetivos da sociedade, conforme ditames que a lei estabelecer para que se considere atingido tal meta.

A situação se nos afigura clara, no sentido de que aquele que não cumpre o imperativo constitucional não é um legítimo proprietário, estando desprovido, por isto mesmo, da integralidade das vantagens que aos proprietários, de um modo geral, a Lei Comum confere.

Como a função social é, inegavelmente, um elemento essencial na constituição do novo conceito de propriedade, e não apenas, como parece a alguns, uma instrumentalização técnica para limitação de direitos quando do exercício, pelo proprietário, dos poderes que lhe são conferidos, pode-se chegar, sem exagero, à afirmação de que não há, verdadeiramente propriedade, se o cumprimento da função social que lhe é inerente.

EROULTHS CORTIANO JUNIOR¹⁹⁷ lembra duas situações onde o verdadeiro sentido conceitual da propriedade deve ser observado: o da proteção possessória e o da impossibilidade de desapropriação da propriedade produtiva.

Quanto ao primeiro, declara que quando o possuidor ou proprietário não exerce a posse ou os poderes proprietários de acordo com a sua função social não pode fazer jus à tutela jurídica (proibição, manutenção ou reintegração na posse) em que a função social esteja sendo cumprida.

Mudamos-lhe apenas um pouco a expressão, para atender o rigor terminológico que deve imperar no trato das ações possessórias. Assim,

¹⁹⁷ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas (uma análise do ensino do direito de propriedade). Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002. p. 184-186.

diríamos que quando o possuidor autônomo (sem vinculação com o direito de propriedade) ou quando o possuidor cuja posse é originária da propriedade exerce a posse sem o cumprimento da função social, não merece a proteção possessória ofertada pela lei. Afirmamos assim porque, nas ações possessórias puras (interdito proibitório, manutenção e reintegração na posse) o que as caracteriza por inteiro é o terem por base a posse e por objetivo a posse. O proprietário, apenas por ser o proprietário, não pode manejar ação reintegratória, por exemplo, tendo como fundamento jurídico de seu pleito a propriedade, que lhe propicia a faculdade de usar, gozar e dispor de seus bens. Se o proprietário não é, também, possuidor da coisa objeto do direito de propriedade e se esta posse, ela mesma, não é exercida respeitando sua função social, de sorte a também conduzir a propriedade a alcançar o mesmo objetivo, falece-lhe, então, o direito de invocar os interditos possessórios.¹⁹⁸

Torna-se, assim, de clareza solar, e logicidade indiscutível, a afirmação de FACHIN¹⁹⁹ no sentido de que “é defensável concluir que é incongruente com a norma constitucional e a *mens legis* deferir proteção possessória ao titular de domínio cuja propriedade não cumpre integralmente sua função social”.

A segunda hipótese levantada é a da insusceptibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária do imóvel produtivo, (art. 185, II da Constituição Federal).

Entendido que a função social justifica e legitima a propriedade como ensina EROS ROBERTO GRAU²⁰⁰, o requisito só pode exercer o papel de

¹⁹⁸ LIMA, Getúlio Targino. *As ações possessórias no Código de Processo Civil vigente*. Goiânia: Roriz Gráfica e Editora, 1974, p. 8-9.

¹⁹⁹ FACHIN, Luiz Edson. A justiça dos conflitos no Brasil. In: STROZAKE, Jovelino José (Org.). *A questão agrária e a justiça*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 277-291

²⁰⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica e a Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997 p. 256

impediente da desapropriação se a propriedade produtiva estiver cumprindo sua função social, o que, naturalmente, desborda do âmbito singelamente econômico onde se instala a produtividade.

Sem prejuízo de ter, do ponto de vista da estrita legalidade, adquirido a propriedade sobre o bem por um dos meios admitidos pelo sistema jurídico, podendo-se, assim, intitular proprietário, descuidou-se das conseqüências normais da titulação, vindo, por isto, a perder o direito a certas franquias e garantias que a lei oferta, mas que vêm como conseqüência direta não apenas do preenchimento das formalidades exigidas para a constituição formal do direito de propriedade, mas das substancialidades cobradas para que tal direito se sustente e justifique, inclusive se legitime, fazendo-se defensável em face do conglomerado social, consideradas as razões históricas, econômicas e sociais que cercam e motivam seu surgimento e sua sustentação, posto que assim, a própria lei o exigiu.

Ora, como poderá o proprietário conduzir o bem objeto da propriedade e manejar o direito de propriedade no sentido de alcançar o cumprimento da função social, se não for através do exercício da posse, seja pessoalmente, direta ou indiretamente, pelas diversas formas permitidas pela lei?

Não sendo possuidor, por si ou por outrem, direto ou indireto, o proprietário não terá encetado as ações que dele são exigidas para que a propriedade tenha reconhecidamente cumprido sua função social.

É através do exercício da posse, esta decorrente das faculdades conferidas ao proprietário, que pode exhibir aos demais sujeitos não proprietários e à comunidade em geral os resultados que demonstrem os requisitos apontados pelo sistema normativo como sendo os necessários à visibilidade da função

social, inserida na base conceitual da propriedade como direito, não sendo vislumbrável qualquer outra forma segundo a qual o proprietário se possa demonstrar atento e cumpridor da exigência constitucional.

Daí resultam duas conclusões indisputáveis: a primeira é a de que, sem o exercício possessório o proprietário não terá como conduzir a coisa objeto de seu direito ao cumprimento da função social que lhe é imposta pela Constituição. A posse, então, se alteia à condição de meio indispensável para que a propriedade cumpra sua função social, uma vez que, saída da abstração, ingressa na plenitude da relação concreta, traduzida em comportamentos para com a coisa e em face dos demais sujeitos não proprietários. A segunda é a de que, em face do reconhecimento deste papel, erige-se a posse como a garantia legitimadora do título dominial. Sem ela, o proprietário não tem como demonstrar a integralidade jurídico-social de seu título. Com ela, assegura-se dos atos do Poder Público ou de quem quer que seja que atentem contra as faculdades que lhe são ofertadas e garantidas, pela lei ordinária e pela Constituição.

Tratando, à época, apenas da posse agrária e referindo-nos, de conseqüência, à propriedade sobre bem imóvel no meio rural, já dizíamos:

“A análise, ainda que rápida, das exigências constitucionais e estatutárias para que a propriedade atinja sua destinação social demonstra que tal é absolutamente impossível sem que sobre o bem imóvel se realize a atividade agrária, e esta, sem dúvida, corporifica a posse agrária. Daí a afirmação de que a posse agrária é que dá legitimidade ao direito de propriedade...”²⁰¹

Até agora vimos demonstrando o grande significado destas relevantes e tão profundas alterações na concepção do direito de propriedade, seja no seu

²⁰¹ LIMA, Getúlio Targino. *A posse agrária...*, cit., p. 91

aspecto mais centradamente conceitual, seja, especificamente, na sua dinâmica, onde desponta, em relevância ímpar, o instituto da posse.

Mas ainda há algo que deve ser buscado, se se deseja uma visão mais completa e abrangente da relação proprietária: é preciso identificar a razão, o fundamento, o motivo e a finalidade de tais mudanças inseridas no texto constitucional, como produto de uma fermentação intelectual intensa do pensamento jurídico.

É isto que desejamos, finalmente, abordar, no capítulo seguinte e final deste trabalho.

CAPÍTULO VI

O DIREITO DE PROPRIEDADE VISTO SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL

6.1 GARANTIA DE SUA EXISTÊNCIA E A OBRIGAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL

Sobre o direito de propriedade, em diversos locais de seu texto, a Constituição Federal se pronunciou e não o fez aleatoriamente, mas seguindo uma orientação previamente estabelecida, em que se abandonavam os critérios do Estado liberal para adotarem-se os do Estado social, respeitados, por óbvio, os postulados democráticos.

Na primeira parte, tratando dos direitos e garantias fundamentais, assegurou o direito de propriedade, infundindo-lhe o caráter de princípio, mas, ao mesmo tempo em que elevava a este nível, impunha-lhe uma obrigação que não apenas indicava um programa a ser atingido, mas um aspecto essencial e substancial ao próprio conceito de propriedade: o cumprimento de sua função social.

Num segundo momento, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, erigiu entre eles a propriedade privada e a função social da propriedade, ao lado da livre concorrência, da soberania nacional, da redução das desigualdades regionais e sociais etc., de modo a visualizar o direito de propriedade privada e o cumprimento de sua função social como instrumentos poderosos do bem-estar social.

Numa terceira inserção, é enfocada a política urbana e nela a Constituição explicita o modo pelo qual a propriedade urbana cumpre sua função social.

Finalmente, num quarto momento, já tratando da política agrícola e fundiária e da reforma agrária, a Constituição traça minudente roteiro a partir da competência da União para desapropriação por interesse social para fins de

reforma agrária do imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, indicando a forma da indenização, inclusive das benfeitorias e o procedimento contraditório especial de rito sumário para o processo judicial de desapropriação. Mais adiante mostra quais os imóveis rurais que são insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária e, finalmente, mostra às completas como se comprovará que o imóvel rural esteja cumprindo sua função social.²⁰²

Fica evidenciado, às escâncaras, que a Constituição Federal adotou, no que respeita à propriedade, a teoria da função social. Aliás, é postura diferenciada daquela adotada no direito francês e daquela adotada no direito

²⁰² Art. 5º.....

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

Art. 170. A ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I -

II -propriedade privada;

III -função social da propriedade;

Art. 182.

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

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§2º - O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º - Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º - O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender o programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º - São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente,

I-segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, os seguintes requisitos:

II-aproveitamento racional e adequado;

III-utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

IV-observância das disposições que regem as relações de trabalho;

V-exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

italiano, isoladamente, sem, todavia, deixar de contemplar posicionamentos contraditórios em ambas as Escolas do pensamento jurídico.

Assim, a uma primeira análise, constata-se que a Constituição optou por assumir o direito de propriedade privada sobre bens, sejam de consumo sejam de produção, acolhendo, desta forma, o pensamento segundo o qual o direito à propriedade tem que ser sempre resguardado pelo sistema jurídico, uma vez que a propriedade se afigura como algo a que todos devem ter direito, mesmo porque a natureza humana implica em ter a pessoa esta tendência de poder ter algo seu, consigo, como resultado de seu labor, podendo, então, entre os bens da vida, ter um ou alguns de sua propriedade exclusiva, para facilitar-lhe a existência terrena ou para seu deleite ou gozo pessoal, sendo o asseguramento de tal poder corolário do direito à liberdade e do direito à vida, algo pessoal e inviolável. É a linha do direito francês. Porém, não parou aí o nosso Constituinte de 1988. Tendo por certo que a Constituição como um todo gira em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, é impossível a visualização do direito de propriedade como uma relação intersubjetiva em que, de um lado, se postem os sujeitos ativos, titulares dos direitos, vantagens e faculdades e do outro, os sujeitos passivos, responsáveis pela obrigação passiva de não molestar o exercício pleno das faculdades do dono. Tal visão, absolutamente retrógrada, inexistente, ante o princípio da função social das coisas e dos direitos, inclusive do direito de propriedade. Assim, no pólo passivo da relação intersubjetiva denominada propriedade, figuram pessoas, titulares também de direitos, os quais dimanam do novo conteúdo do direito de propriedade, voltado para o atendimento dos interesses coletivos. Assim, no pólo passivo, estão os não proprietários, a coletividade, em geral, com referência aquele determinado bem, objeto do direito de propriedade de uma determinada pessoa. Aos sujeitos passivos compete o direito de terem, ao seu alcance, potencialmente, todos os

benefícios de caráter social ou coletivo que o bem possa produzir, produção esta que é papel (obrigação) do proprietário.

Assim, determinado bem de produção deve ser conduzido, pelo proprietário, a esta produção, de tal modo que os interesses do proprietário (lucro, por exemplo, ou subsistência) sejam alcançados, mas também os dos demais o sejam.

Da mesma forma que há interesses proprietários, há interesses não proprietários, todos precisando ser resolvidos.

Deste modo, o que a coisa tinha que produzir, produziu, de modo que ela e o direito de propriedade, manejado pelo proprietário, cumpriram seu papel. Se os bens por ela produzidos, de interesse comum, não foram adquiridos por algumas pessoas, que, assim, deles não puderam desfrutar, digamos, por falta de dinheiro, não se pode culpar nem o bem, nem o proprietário dele nem o direito de propriedade. Já se tratará de questão envolvendo o sistema político e o sistema econômico, falhos quanto à justa distribuição de renda entre todos os cidadãos.

6.2 O PRINCÍPIO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O valor estrutural dos princípios, na Ciência, evidencia-se no fato de ser impossível fazer Ciência sem princípios.

Na introdução de seu excelente “Princípios no Processo Civil”, acentua Rui Portanova²⁰³:

“Costuma-se mesmo definir ciência como conjunto de conhecimentos ordenados coerentemente segundo princípios. Claus-Wilhelm Canaris (1989, p. 280) define o sistema jurídico como ‘ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais’. Em verdade, há estudos tão avançados de doutrinadores como Dworkin (1986) que autorizam pensar-se mesmo numa principiologia.

Geraldo Ataliba (1981, p. 11) garante: ‘o princípio é muito mais importante do que uma norma’. E, citando Agostinho Gordilho, complementa: ‘[...] (o princípio) é uma norma; mas é mais do que uma norma, uma diretriz, é um norte do sistema, é um rumo apontado para ser seguido por todo o sistema. Rege toda a interpretação do sistema e a ele se deve curvar o intérprete, sempre que se vai debruçar sobre os preceitos contidos no sistema’.”

De sua vez, Sheila Carneiro Targino Lima adverte para o fato de que “Es evidente que conceptos de principios hay muchos, pero los efectos de su enunciación en el cuerpo constitucional son los de garantizar la seguridad jurídica a los ciudadanos y los modos para hacerla efectiva.”²⁰⁴

A Constituição Federal, como não poderia deixar de ser, sendo como é o grande princípio geral, a nortear toda a legislação infraconstitucional que forma o sistema, ela mesma se assenta em princípios fundamentais, como assim os chamou, no seu título I, ficando consignado, no art. 1º, que A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como princípios a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

²⁰³ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 13.

²⁰⁴ LIMA, Sheila Carneiro Targino. *Un supuesto de aplicación constitucional de la función social de la propiedad. La usucapión agraria en Brasil*. (tesina de doutoramento). Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002, p. 43.

Tradução livre “É evidente que há muitos conceitos de princípios, mas os efeitos de seu enunciado no corpo constitucional são os de garantir a segurança jurídica aos cidadãos e os modos de fazê-la efetiva.”

A simples leitura desta menção do art. 1º e seus incisos da Carta Magna brasileira mostra que, em verdade, o mais importante dos princípios enumerados nos seus incisos de I a V é o da dignidade da pessoa humana até porque, a bem pensar, giram todos os demais em torno deste, que se apresenta como força atrativa, em torno da qual gravitam e se aglutinam os demais.

Como traçar os lindes provisórios da dignidade da pessoa humana? O direito, como sistema organizador e mantenedor da vida social, dos relacionamentos humanos, se nos apresenta, seja para leigos, seja para estudiosos, como estrutura, cobertura, abrigo e alvo. Por esta razão, quando o desespero defluente de situações irresolvidas ou a emoção pela injustiça decorrente das fragilidades deste enorme projeto de vida mas de vida em paz nos invadem, abrigamos desalentadamente uma imagem, lançamos ao ar uma conclusão dolorida que é a seguinte: O direito ? O direito morreu. É por isto que tanto nos emocionamos quando este magistral produto cultural da humanidade, o direito, se direciona para cada vez mais ter como base, assento e razão o homem, considerado na sua inteireza, na sua integralidade, afastadas idéias menores conseqüentes de interesses mais imediatos que abarcam apenas certas circunstâncias ou facetas do homem e não sua completude.

O tema, complexo por excelência, inicia por espelhar uma dicotomia insistente, no direito estrangeiro, a respeito das idéias que representem as figuras do homem e do cidadão, já na declaração francesa de direitos (1789), na qual aparecem os *droits de l'homme* e os *droits de citoyen*,²⁰⁵ ora vistos em sentido próprio, cada expressão, inclusive com uma precedência dos direitos do homem sobre os direitos do cidadão, e, em outras oportunidades, vistos de certa forma ambígua e confusa, como se fossem sinônimos, o que, na visão de Giselda Maria

²⁰⁵ Tradução livre: “direitos do homem” e “direitos do cidadão”

Fernandes Novaes Hironaka²⁰⁶ poderá gerar densa nebulosidade no conceito de cidadania.

Mas é mister, com a necessária urgência e com o indispensável cuidado, buscar-se uma idéia conceitual ao menos aproximada do que seja a dignidade da pessoa humana, tão apregoada e mencionada em nossos textos jurídicos, inclusive com maior entusiasmo a partir do momento em que ficamos às voltas com o Projeto do que haveria de ser a Constituição Federal de 1988.

É certo que ocorreu uma verdadeira febre no sentido de se dizer que tudo, todos os direitos, toda a fundamentação jurídica dos projetos do Estado que desejamos ter estivesse na dignidade da pessoa humana, sem a preocupação maior de explicar seu conteúdo e significado real, certos, os seus paladinos, de que slogans morais e ou religiosos têm o poder de uma aceitação geral, sem maiores indagações, até porque os nossos legisladores e juristas ainda não se conseguiram afastar de idéias vincadamente religiosas, ainda quando no trato da coisa jurídica.

Não obstante este fato, impende reconhecer que já existe um considerável acervo na doutrina nacional a respeito do tema sob estudo, como se pode ver em ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO²⁰⁷, FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS²⁰⁸; ALEXANDRE DE MORAES²⁰⁹ e JOSÉ AFONSO DA SILVA,²¹⁰ entre vários outros, sem deixar de lado a importante contribuição de J.J.

²⁰⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.159

²⁰⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis*, Anais do III Congresso de Direito de Família, Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 329-321.

²⁰⁸ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Fortaleza: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

²⁰⁹ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

²¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO,²¹¹ jurista português de destaque, mormente no campo constitucional.

Impõe-se também afirmar que a indicação dos nomes acima não significa sua exclusividade ou sua superioridade sobre tantos outros que a este tema se têm dedicado com afincos e propriedade, mas simplesmente uma escolha que obedeceu a um critério e a uma metodologia que encontraram nestes juristas elementos de interligação próprios e específicos de modo a permitirem o atingimento do objetivo idealizado.

É certo que estamos todos, aqui e alhures, ainda no início deste trabalho ingente de conceituar “dignidade da pessoa humana” mas isto não desmerece, ao contrário, justifica os esforços para se encontrar uma linha de pensamento capaz de nos ofertar uma diretriz, um rumo seguro para a análise do conteúdo e das conseqüências que tal princípio inserto na Constituição brasileira provoca em todo o direito nacional, uma vez que não poderia ser concedida à dignidade da pessoa humana importância maior do que aquela que lhe ofertou a nossa Lei Fundamental.

Certamente ainda está o jurista brasileiro, salvo exceções valiosas, de algum modo, preso a “reserva metodológica que insiste em fazer da doutrina jurídica um texto independente, autônomo, distante das demais formas de discurso em ciências humanas”²¹², mas a experiência tem mostrado que a persistir este posicionamento de desconhecimento da interface do direito com as demais áreas do conhecimento humano, os resultados serão de incontestáveis prejuízos.

²¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1996.

²¹² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 163.

Posta como foi a dignidade da pessoa humana na condição de princípio a guiar a vida civil brasileira, impõe-se sobre ela nos debrucemos, para que do seu conhecimento mais aprofundado decorra possa ser reclamada com justeza.

Alexandre de Moraes explica, em sua obra dirigida especificamente ao detalhamento dos direitos fundamentais a partir da Constituição Federal, da seguinte maneira o tema:

“A dignidade é um valor espiritual e moral inerente [a] pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como conseqüência imediata da *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A idéia de dignidade da pessoa humana encontra no novo texto constitucional total aplicabilidade em relação ao planejamento familiar, considerada a família célula da sociedade, seja derivada de casamento, seja de união estável entre homem e mulher, pois, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos por parte de instituições oficiais ou privadas (CF, art. 226, § 7º). O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido). Ressalte-se, por fim, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 12-10-1948, e assinada pelo Brasil na mesma

data, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.²¹³

Verifica-se que, já pela observação da extensão da idéia conceitual, o Autor certamente refletiu demoradamente sobre o tema, oferecendo noções essenciais e estruturais, muito embora, evidentemente, um outro aspecto pontual possa ser observado como se ressentindo de pequenas indefinições. Assim, sendo a dignidade um valor moral e espiritual inerente à pessoa, não é possível conceber a idéia de pessoa sem que ela esteja aureolada deste valor. Desta forma, não se pode conceber uma pessoa sem dignidade. Todavia, não fica impedida a idéia da concepção da dignidade independentemente da pessoa, posto que já no século XVI se mostrava presente a idéia de que também os animais são dotados de uma dignidade inerente a eles, como se vê em Michel MONTAIGNE,²¹⁴ *verbis*:

“Que me explique pelo raciocínio em que consiste a grande superioridade que [o homem] pretende ter sobre as demais criaturas. Quem o autoriza a pensar que o movimento admirável da abóbada celeste, a luz eterna destas tochas girando majestosamente sobre sua cabeça, as flutuações comoventes do mar de horizontes infinitos, foram criados e continuam a existir unicamente para sua comodidade e serviço? Será possível imaginar algo mais ridículo do que esta miserável criatura, que nem sequer é dona de si mesma, que está exposta a todos os desastres e se proclama senhora do universo? Se não lhe pode conhecer ao menos uma pequena parcela, como há de dirigir o todo? Quem lhe outorgou o privilégio que se arroga de ser o único capaz, neste vasto edifício, de lhe apreciar a beleza?”

A seguir, o autor define pessoa, e a vê como um agente livre por natureza e livre em virtude de sua qualidade de autodeterminação livre (livre arbítrio) porém responsável. Assim, a liberdade, dizemos nós, é algo essencial à pessoa, que flui do seu próprio íntimo e que o Estado tem que assegurar, decorrendo,

²¹³ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 60-61

²¹⁴ MONTAIGNE, Michel. *Apologia de Raymond de Sebond, in Ensaíos*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. Coleção “Os Pensadores, - Volume Montaigne II, apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A responsabilidade... cit.*, p. 199-200.

pois, da própria condição da pessoa e não dos desejos do Estado. O Estado, pois, tem o dever de assegurar a autodeterminação responsável de cada pessoa.

De sua vez, Fernando Ferreira dos Santos, em seu opúsculo *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*,²¹⁵ aponta para a filosofia kantiana como sendo a origem do conceito de dignidade da pessoa humana²¹⁶

Efetivamente, o texto kantiano dá margem ao pensamento exposto por Fernando Ferreira dos Santos, como se pode ver desta passagem do filósofo:

“A necessidade prática de agir segundo este princípio, isto é, o dever, não assenta em sentimentos, impulsos e inclinações, mas sim somente na relação dos seres racionais entre si, relação essa que a vontade de um ser racional tem de ser considerada sempre e simultaneamente como legisladora, porque de outra forma não podia pensar-se como fim em si mesmo. A razão relaciona, pois cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as ações para conosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da idéia de dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá. No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando um coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é, a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento (*Affektionspreis*); aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade.”²¹⁷

²¹⁵ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Fortaleza: Celso Bastos Editor/ Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

²¹⁶ Cfr. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980. Coleção Os Pensadores – vol. Kant II

²¹⁷ Cfr. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980. Coleção Os Pensadores – vol. Kant II, p. 43

O problema que se nos apresenta, todavia, conforme a arguta observação de Giselda Hironaka é que a

“exposição que o autor traça acerca do imperativo categórico kantiano é correta, mas a maneira pela qual ela é apresentada parece criar, mesmo, uma aporia a partir do trecho anteriormente citado. O homem, da maneira como foi mostrado antes, pelo autor, revela-se como um ser cuja vontade é imperfeita porque flutuante entre a própria razão e as paixões, só ganhando foros de superação quando se submete à autoridade do dever, indicado pela lei, que a consciência moral reconhece como válida. Qual seria, então, a real participação própria do indivíduo nessa concepção do dever e da obrigação, portanto?”²¹⁸.

Vê-se, todavia, da parte final do estudo de Fernando Pereira dos Santos que cabe à vontade do homem a instalação do imperativo categórico, pois embora seu estado de flutuação entre razão e paixões, mostrar-se-á livre desde que seja capaz de impor-se o imperativo categórico, cabendo-lhe a autoria da própria regra moral, desde que tida por ele como válida para a humanidade.

José Afonso da Silva, em seus estudos de direito constitucional, versando o assunto referente à dignidade da pessoa humana, lança sobre a filosofia kantiana um olhar muito menos crítico e mais positivo, reconhecendo nela a origem da expressão dignidade da pessoa humana e vendo, inclusive, na Lei Fundamental alemã uma aberta filiação às idéias do grande filósofo, até mesmo como uma reação contra as graves vulnerações a este princípio, levadas a efeito pelo Estado nazista.²¹⁹

De maneira direta e simples aponta o acerto de Kant ao entender que o homem é um fim em si mesmo, exatamente pelo fato de ser racional, donde a fonte de sua dignidade: “A filosofia kantiana mostra que o homem, como ser racional, existe como fim em si mesmo e não simplesmente como meio,

²¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressupost*, cit., p.177

²¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte*, cit., p. 144.

enquanto os seres desprovidos de razão têm um valor relativo e condicionado, o de meios, eis porque se lhes chamam coisas [...]. E, assim, se revela como um valor absoluto, porque a natureza racional existe como fim em si mesma. Daí o homem representar necessariamente sua própria existência, em consequência do mesmo princípio racional, que vale também para mim; é, pois, ao mesmo tempo, um princípio objetivo que vale para outra pessoa.”²²⁰

Daí, o princípio categórico vem como natural consequência: “Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores.”²²¹

Importante, ainda, no pensamento de José Afonso da Silva, a constatação de que não é a lei a criadora do princípio da dignidade da pessoa humana, que a ela é antecedente, como está nesta passagem: “[...] a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um destes conceitos ‘a priori’, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana.”²²²

Vale a pena, todavia, registrar, em meio a toda esta ênfase que se dá ao pensamento kantiano sobre a dignidade da pessoa humana, aquilo que Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka chamou de “notável tarefa de definição das linhas pelas quais pensa-se a dignidade...”²²³ levada a efeito por Antônio Junqueira de Azevedo, em conferência proferida no III Congresso de Direito de Família. Nela observam-se aprofundamentos críticos relevantes à teoria kantiana, revelando o autor sincera crítica ao pensamento de Kant e Descartes, neste campo. Mais importante ainda o fato de que não apenas apresenta a crítica,

²²⁰ Silva, José Afonso da. *Poder constituinte...*, cit. p. 146

²²¹ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte...*, cit., p. 145-146.

²²² Silva, José Afonso da. *Poder constituinte...* cit., p. 146.

²²³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit. p. 193.

mas erige novo vetor, novo paradigma, outro fundamento sobre o qual se deve assentar a dignidade da pessoa humana, fugindo do severo antropocentrismo que assegura, simplesmente, ao homem a superioridade racional mas o enclausura em si mesmo e parte para um chamado do homem à transcendência: a capacidade de amar.

O trecho é elucidativo:

“Há, hoje, duas diversas concepções da pessoa humana que procuram dar suporte à idéia de sua dignidade: de um lado, há a concepção insular, ainda dominante, fundada no homem como razão e vontade, segundo uns, como auto-consciência, segundo outros – é a concepção para cujo fim queremos colaborar porque se tornou insuficiente, – e, do outro, a concepção própria de uma nova ética, fundada no homem como ser integrado à natureza, participante especial do fluxo vital que a perpassa há bilhões de anos, e cuja nota específica não está na razão e na vontade, que também os animais superiores possuem, ou na autoconsciência, que pelo menos os chimpanzés também têm, e sim, em rumo inverso, na capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem.”²²⁴

O autor, então, como se vê, considera a insuficiência da teoria kantiana, entendendo que, na verdade, o que torna excelente a pessoa humana não é, simplesmente, sua razão, mas sua capacidade espiritual de amar.

A este simples esboço, nota-se a dificuldade do tema, a sua importância e a necessidade de não apenas saber que ele está inserido no texto constitucional, mas conhecer-lhe a efetiva extensão e profundidade, porque sendo o princípio dos princípios, naturalmente permeará toda a Constituição e, por ela, todo o sistema legal infraconstitucional.

²²⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana, cit. passim.;

Assim, o princípio por excelência da Constituição Brasileira é o da dignidade da pessoa humana, sob cuja ótica se interpreta toda a Constituição, a qual, por sua vez, é a base, a inspiração e o norte de toda a legislação que lhe é inferior.

Desta forma, não se poderá interpretar e aplicar lei alguma, codificada ou esparsa, sem que sobre ela recaia o manto da Constituição, sacralizador da legislação ordinária, sendo que, no respeitante à Constituição, o mais importante princípio é o da dignidade da pessoa humana. Daí o dizer-se que este é o princípio dos princípios, porque norteia a própria Lei Fundamental e, por sua vez, presidirá a interpretação das leis ordinárias, as quais não mais podem ser vistas sem que sobre elas se aplique o espírito fundante e finalístico da Constituição, numa releitura que lhes demonstrará o seu real desiderato.

6.3 A TUTELA DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DA NOVA PROPRIEDADE E RAZÃO DA EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO DE SUA FUNÇÃO SOCIAL

Havendo o direito constitucional perdido aquele caráter antigo que o dava como tendo por conteúdo, de um lado a constituição do Estado e dos Poderes do Governo e do outro as relações dos instituidores (cidadãos) com o Poder Público e sendo certo que, hoje, permeia todas as atividades privadas, dando-lhes um cunho de significação mais responsável e social, até mesmo em razão da opção declarada pela adoção do princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, não haveria como o direito de propriedade continuar sendo visto como um conceito abstrato.

Urgia que se lhe conferisse função social, capaz de torná-lo uma relação intersubjetiva, além de torná-lo um repositório de interesses proprietários mas também de interesses não proprietários, afastando-se de uma vez por todas a idéia de um direito egoísta, por individualista e completamente infenso aos reflexos de seu exercício, fosse em face do meio ambiente, fosse em face das demais pessoas que dependessem de certos resultados a serem obtidos pelo bem objeto do direito de propriedade.

Daí o que se tem hoje: um direito de propriedade garantido, assegurado pela Constituição contra abusos do Poder Público, mas absolutamente comprometido com a realização da função social do bem objeto dele e do direito que se consubstancia no exercício das franquias que lhe são próprias, abandonada a idéia de conceito absoluto do direito de propriedade, substituída pela de uma relação complexa, com conteúdo substancial variável, seja à conta da intersubjetividade ativa e passiva, que contempla interesses dos sujeitos proprietários e não proprietários, seja à conta da diversidade dos estatutos proprietários, criados em razão das exigências da função social, naturalmente diversificada em vista da natureza vária das coisas objeto do direito de propriedade.

O desrespeito a tais exigências coloca o direito de propriedade e o seu titular em condições precárias, podendo gerar a transferência da propriedade do particular para outras pessoas que tenham, de uma forma ou de outra, buscado conduzir o bem ao alcance de sua razão de ser, sepultada de vez a idéia de um direito de propriedade como símbolo de poder, transmutado em verdadeiro monumento à dignidade da pessoa humana, a qual deve o Estado assegurar, seja pelo efetivo alcance deste direito, seja pelos benefícios decorrentes do exercício dele, pelas pessoas, sobre bens da vida que interessem direta ou indiretamente, à coletividade.

Ao assumir tal postura o que faz o direito constitucional outra coisa não é senão assegurar a dignidade da pessoa humana, a qual erigiu como princípio dos princípios.

A idéia que a Constituição brasileira faz de pessoa humana revela-se de modo claro no conjunto dos direitos fundamentais consagrado em seu texto, sem prejuízo de sua presença estampada em textos outros, esparsos, ao longo de seu corpo, sendo de se observar o vetor de coerência e unidade incrustado no princípio fundamental que afirma a dignidade da pessoa humana.

Aliás, a proeminência da pessoa humana sobre o Estado pode ser denotada até na colocação topográfica dos dispositivos que dela tratam. Realmente, a Constituição de 1988 inverteu a postura que anteriormente adotara, assentando a Declaração dos Direitos e Garantias Individuais logo na abertura do seu texto, deixando para um plano posterior a estruturação do Estado, a organização e o exercício dos poderes, o que, de pronto, demonstra que a atual Constituição tem por escopo primordial a preservação da dignidade da pessoa humana, princípio ao redor do qual giram os demais dispositivos constitucionais.

Não será demais, neste momento, lembrar que autores como Jesus Gonzalez Perez, de certa forma acompanhando a idéia cristianizadora de Antônio Junqueira de Azevedo, vêm a dignidade da pessoa humana diretamente fundada no fato de assim Deus a haver criado. É clara esta posição adotada pelo autor citado, como se vê nessa passagem:

“Si todo hombre es persona porque así há sido hecho, lo mismo que las cosas y los animales son impersonales porque asi han sido hechos, la ultima razón, el fundamento de la categoría de la persona humana no puede ser el hombre mismo, sino um ser superior a todo hombre y

capaz de infundir razón y libertad en la materia de que estamos hechos.”²²⁵

Relembra o mesmo autor, com apoio em ZUBIRI que o homem “ No existe solo de um modo biológico, antes bien hay en él una existencia más rica y más llevada; superexiste igualmente en conocimiento y en amor.”²²⁶

Resulta daí que, na verdade, tudo gira em torno deste princípio fundante, não se escondendo desta realidade a propriedade e a função social dela exigida.

Afinal, é o respeito à dignidade da pessoa humana que afasta do instituto o egoísmo individualista, para ver na repersonalização do direito o fato de o sujeito do mesmo não ser alguém isolado do mundo, da vida, mas interligado aos demais sujeitos, todas pessoas humanas, cuja dignidade tem que ser garantida e assegurada. É este mesmo princípio que afasta da propriedade o caráter patrimonialista, culturalmente ultrapassado, para ressaltar-lhe o ideal de utilidade, conforme o pensamento aristotélico. É o mesmo princípio que informa o sentido de solidariedade social, a garantir à propriedade uma finalidade maior do que a de, simplesmente, servir ao gosto e à vontade do sujeito proprietário, forte na letra do texto codificado, e vincado pela finalidade última da propriedade que é servir ao progresso social e econômico das pessoas, como um todo, enquanto reunidos numa comunidade.

²²⁵ PEREZ, Jesus Gonzalez. *La dignidad de la persona*. Madrid: Editorial Civitas, 1986, p. 26.

Tradução livre: “ Se todo homem é pessoa porque assim foi feito, do mesmo modo como as coisas e os animais não são pessoas porque assim foram feitos, a razão última, o fundamento da categoria da pessoa humana não pode ser o homem mesmo, mas um ser superior a todo homem e capaz de infundir razão e liberdade na matéria de que somos feitos.”

²²⁶ ZUBIRI. *Naturaleza, historia, Dios*, Madrid: 1944, p. 458, apud PEREZ, Jesús Gonzalez, *La dignidad de la persona*, cit., p.23.

CONCLUSÃO

Do que foi exposto, parece-nos correto ressaltar que a propriedade tem como razão fundante de sua existência a teoria da natureza humana, que instiga a criatura a se apoderar dos bens da vida, de forma exclusiva e pessoal, mas só se justifica socialmente ante uma funcionalidade que lhe dê contornos de respeito aos interesses coletivos e, finalisticamente, sirva a assegurar, de uma ou de outra forma, a dignidade da pessoa humana.

Obviamente, num sistema positivado, tudo isto se fará, nos termos da lei, que, todavia, não tem poderes para extinguir o direito de propriedade como tal, posto que apenas o reconhece e regula, mas não é a sua origem, seu fundamento, além do que, o texto ordinário sempre será analisado à luz dos princípios constitucionais que se auto-aplicam.

Sendo diversas as coisas sujeitas ao direito de propriedade e de diversa natureza jurídica, a propriedade, enquanto direito, sujeitar-se-á a diversos estatutos proprietários, considerando-se os bens objeto do direito e as pessoas ligadas intersubjetivamente por ele, sendo que, todavia, não se atomiza a

propriedade, que mantém a raiz subjetiva, mas se delimita, à luz de cada estatuto, segundo o matiz que lhe determina sua função social.

A função social, assim, permeia os bens e os direitos, sendo indispensável à vida cidadã, em decorrência do Estatuto Básico Nacional, que reconhece a função social da propriedade e a propriedade privada, como princípios, que os mesmos convivam e coexistam pacificamente, resguardados basicamente o conteúdo mínimo da propriedade, uma espécie de conceito residual e o atingimento de sua função social.

O conteúdo da função social da propriedade não pode ser o mesmo para todos os bens, competindo à lei fazê-lo especificar, caso a caso, quando necessário, desde quando já não o tenha feito a própria Constituição ou não se possa deduzi-lo do princípio constitucional aplicado às circunstâncias decorrentes da qualidade e conformação das coisas.

As circunstâncias especiais que cercam o sujeito proprietário e, principalmente as coisas objeto da propriedade, sua qualidade e aptidão para este ou aquele fim fazem com que o exercício do poder proprietário e a definição da conformação da coisa se façam de modo especial, em cada caso, criando-se, assim, estatutos proprietários. Tais estatutos, todavia, não justificam suficientemente que se venha a falar em propriedades, pulverizando assim o instituto. Mais aceitável é que se afirme tratar-se o direito de propriedade de uma unidade complexa.

As limitações que se impõem ao direito de propriedade, das mais diversas naturezas, na verdade não se mostram, hoje, como limitações propriamente ditas, a exercitar cortes e restrições ao direito pleno. Ao revés, como caminhos palmilhados rumo à compreensão da função social da propriedade, ajudam a

traçar o novo desenho, o novo perfil do direito de propriedade, incluindo-se, por isto mesmo, no seu conteúdo substancial, na medida em que delimitam os lindes de suas fronteiras extremas.

A tradicional caracterização dos direitos reais, e, portanto, do direito de propriedade, segundo a qual, na propriedade, num pólo da relação aparece o sujeito ativo, o proprietário, o titular do direito de propriedade, a quem a lei confere as faculdades que enuncia e do outro, um sujeito passivo, indeterminado, cujo papel é o de respeitar as faculdades concedidas ao sujeito ativo, sofre importante modificação, pela qual se reconhece que nesta relação o sujeito ativo proprietário é titular de direitos e obrigações e que as obrigações que lhe são impostas pela lei são decorrentes de direitos que a lei reconhece aos sujeitos passivos, não proprietários, titulares de interesses legalmente assegurados e exigíveis, donde a presença de uma intersubjetividade ativa e passiva na relação jurídica proprietária, criada pelo princípio da função social.

Por sua vez, a posse, enquanto decorrente da propriedade, como efetivo exercício de poder sobre a coisa e condução da mesma ao seu destino, pelo efetivo exercício das faculdades concedidas ao proprietário, passou de simples imagem externa da propriedade a fundamento e justificação legitimadora do título formal de domínio.

Com efeito, integrando a função social da propriedade a sua própria raiz conceitual, a substância de seu conceito, nos termos da legislação constitucional assim como da legislação ordinária, o fato que levará o proprietário a ser visto como merecedor das garantias que o sistema lhe oferece será a posse, pois sem o seu exercício teremos apenas uma propriedade estática e retrógrada, tornando-se impossível conduzir a coisa sobre que recaia ao alcance de seus fins últimos de

natureza social, econômica e ambiental, conforme exigido pela Constituição Federal.

Finalmente, a propriedade se afigura com um novo perfil que lhe confere a posição de resguardadora da dignidade da pessoa humana. Retirar o direito de propriedade do rol dos princípios e dos pilares do direito privado, eliminando-a, será como que fazer retornar o ser humano a uma condição inferior, posto que desvestido de uma faculdade que lhe é inerente: a de poder ser dono de determinados bens da vida, em caráter exclusivo, como é de sua própria índole e natureza e como tem que ser em termos de liberdade, pois que o bem que alguém adquire não é nada mais do que o seu salário aplicado segundo sua livre vontade e transformado em direito de propriedade.

REFERÊNCIAS

ALBERTÁRIO, Emílio. *Il possesso*. In: *Studi di diritto romano*. Milão: A. Giuffrè, 1941, vol. 2, apud ALVES, José Carlos Moreira. *Posse, evolução histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. vol. 1.

ALDAZ, Carlos Martínez de Aguirre y. *El derecho civil a finales del siglo XX*. Madrid: Tecnos, 1991.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001.

ALPA, Guido. Intervento. In: *Crisi dello stato sociale e contenuto mínimo della proprietà*: ata da Convenção realizada em Camerino, em 1982. Napoli: ESI, 1983.

ALVAREZ CAPEROCHIPI, José A. *Curso de derechos reales*. Tomo I: Propiedad y posesión. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969. 2. volumes.

_____. *Posse I. Evolução histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ARAÚJO, Telga de. Função social da propriedade. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 39.

ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. *Fundamentos aristotélicos do direito natural*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: reais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

ÁVILA, Fernando Bastos. Propriedade. In: *Pequena enciclopédia da doutrina social da igreja*. São Paulo: Loyola, 1991. p. 371-374.

AUBRY C et RAU, C. *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*. 5. éme ed. Paris: Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard. 1897, vol. 2.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. *Anais do III Congresso de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002. p. 329-351.

BALLESTERO HERNÁNDEZ, Luis Martín. *Derecho agrario: estudios para una introducción*. Zaragoza: Neo Ediciones, 1990.

BARASSI, Lodovico. *Proprietà e comproprietà*. Milão: Ed. Giuffrè, 1951.

BARCELONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed., Brasília: Brasília-Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Da posse*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 5. ed. atualizada por José Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.]. vol. I.

BIANCA, Massimo C. *Diritto civile VI: la proprietà*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1999.

BITTAR, Carlos Alberto (Coordenador). *A propriedade e os direitos reais na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmem C. Barrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini. 5. ed. Brasília: Imprensa Oficial, Ed. UNB, 2000.

BON, Pierre. El estatuto constitucional del derecho de propiedad. Traducción de Eulalia Wladimir Petit. In: BARNÉS, Javier (Cordinador) *Propiedad, expropiación y responsabilidad. (La garantia indemnizatoria en el derecho europeo y comparado)*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p.175-190.

BORGES, Paulo Tormin. *Institutos básicos do direito agrário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Estampa, 1990.

_____. *Direitos fundamentais e direito privado*. (Tradução e Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto). Coimbra: Almedina, 2003.

CANEZIN, Claudete Carvalho (Coord). *Arte jurídica*. Curitiba: Juruá Editora, 2005. vol. I.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CARROZZA, Antonio. *Lezioni di diritto agrário: elementi di teoria generale*. Milano: Giuffrè Editore, 1988.

CARLEI, Gian Franco. La propiedad en la Constitución italiana. Trad. de Tomás Rubio Garrido. In: BARNÉS, Javier. (Cordinador) *Propiedad, expropiación y responsabilidad (La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado)*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 191-212.

CARVALHO, Orlando de. *Direito das coisas. Do direito das coisas em geral*. [S. l.]: Coimbra Editora, 1997

CASSIRER, Ernst. *A filosofia do iluminismo*. 3. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1997.

CHEMERIS, Ivon Ramon. *A função social da propriedade e o papel do poder judiciário diante das invasões coletivas*. In: *Síntese-Jornal*, Porto Alegre, ano 5, n. 57, nov. 2001

CHURRUCA, Juan de. *Introducción historica al derecho romano*. 4. ed. Bilbao: Universidad de Deusto, 1987.

COCO, Giovani Silvio. *Crisi ed evoluzione del diritto de proprietá*. Milano: Ed. Giuffrè, 1965.

COMPARATO, Fábio Konder. *A função social da propriedade dos bens de produção*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 63, p. 71-79, jul./set. 1986.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas (uma análise do ensino do direito de propriedade)*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

COSTA JUNIOR, Olímpio. *A relação jurídica obrigacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Editora Hemus, 1975.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DALLARI, Adilson de Abreu e FERRAZ, Sérgio (Coordenadores). *Estatuto da cidade (Comentários à lei federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

DAVIS, John D. *Dicionário da Bíblia*. Trad. De J. R. Carvalho Braga. Rio de Janeiro: Casa Publicadora Batista, 1960.

DE LOS MOZOS, Jose Luis. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*. Madrid: Edersa, 1993.

DE SANCTIS, Frei Antônio (Org). *Encíclicas e documentos sociais*. São Paulo: Edições LTR, 1972.

DI PIETRO, Alfredo. *Derecho privado romano*. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1996

DINIZ, Maria Helena. *A ciência jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Conflito de normas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Curso de direito civil brasileiro, vol.4, Direito das coisas*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Dicionário jurídico*. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1998.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Fontemoing, 1927, v. 3 *derecho privado desde el código de Napoleón*. 2. ed. Madrid: Francesco Beltrán, 1920.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1999.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 3. ed., tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkim, 1965.

FABI, Bruno. *Aspetti del possesso romano*. Roma: "L'ERMA" di BRETSCHNEIDER, 1972.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, vol. VIII, t. III.

FACHIN, Luiz Edson. A cidade nuclear e o direito periférico: reflexões sobre a propriedade urbana. *Revista dos Tribunais*, vol. 723:107-110, 1996.

_____. *A função social da posse e a propriedade contemporânea. (Uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. A justiça dos conflitos no Brasil. In: STROZAKE, Jovelino José (Org). *A questão agrária e a justiça*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 277-291.

_____. (Coordenador) *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

_____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FALCÓN, Javier Pardo. El tribunal constitucional y la propiedad. In BARNES, Javier (Cordinador). *Propiedad, expropiación y responsabilidad (La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado)*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

FERREIRA. Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FRANGI, Marc. *Constitution et droit privé: les droits individuels et les droits économiques*. Marseille: Presses Universitaires D'Aix, [1992].

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Regras de direito*. São Paulo: Lejus, 2000.

GAMBARO, Antonio. “La proprietà” In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo (Dirs.) *Trattato di diritto privato*. Milão: Giuffrè, 1990.

GAREA, Rafael Colina. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*. Barcelona: José M.a. Bosch Editor, 1997.

GASSEN, Valcir. A natureza histórica da instituição do direito de propriedade. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org). *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GERIM, Guido. *Il diritto di proprietà nel quadro della concezione europea dei diritti dell'uomo*. Padova: Cedam, 1989.

GLOTZ, G. *A cidade grega*. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes Lacerda. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1988.

GODOY, Luciano de Souza. *Direito agrário constitucional: o regime da propriedade*. São Paulo: Atlas, 1998.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. O estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro. *Revista Forense*, São Paulo, ano 86, v. 309, p. 25-32, jan./ fev./ mar. 1990.

GOMES, Orlando. A função social da propriedade: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Ferrer Correia. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 2 p. 423-437, 1989. Número especial.

_____. *Direitos reais*. 10. ed. São Paulo: Forense, 1990.

_____. Novas dimensões da propriedade. In *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 411, p. 10-14, jan. 1970.

_____. Significado da evolução contemporânea do direito de propriedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, v. 717-727, 1988.

GONÇALVES, Luís da Cunha. *Da propriedade e da posse*. Lisboa: Edições Ática, 1952.

GONDINHO, André Osorio. Função social da propriedade, In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 397-433.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica e a Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1977.

_____. Função social da propriedade (Direito econômico). In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 39, p. 17-27.

GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*. Madrid: Civitas, 1992.

_____. Proprietà. Diritto intermedio. Verbete In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, 1998.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Traducción Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 1999.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A Função Social do Contrato, *Revista de Direito Civil*, 45:142.

_____. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HOUAISS, Koogan. *Enciclopédia e dicionário ilustrado*. Rio de Janeiro: Delta, 1995.

IANNELLI, Antonio. *La proprietà costituzionale*. Camerino: Edizione Scientifiche Italiane, 1980.

IRTI, Natalino. *Códice civile e società política*. Roma: Laterza, 1995

JHERING, Rudolf Von. *La posesión*. Versión española de Adolfo Posada. Madrid: Editorial REUS, 1926.

_____. *Posse e interditos possessórios*. Trad. de Adherbal de Carvalho. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1959.

_____. *Teoria simplificada da posse*. Trad. de Pinto de Alencar. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1959.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980. Coleções Os Pensadores, vol. II.

KAUTSKY, Karl. *A questão agrária*. Brasília: Linha Gráfica Editora, 1998.

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Trad. João Batista Machado, 2. ed. Coimbra: Armênio Amado Ed.: Sucessor, 1979.

KIMINICH, Oto. La propiedad en la Constitución alemana. Traducción de Manuel Medina Guerrero. In: BARNES, Javier (Cordinador). *Propiedad, expropiación y responsabilidad (La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado)*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 151-173.

KUNNKEL, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. Tradução da quarta edição alemã de Juan Miquel. 9. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIMA, Getúlio Targino. *A posse agrária sobre bem imóvel*. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. A problemática da posse justa e injusta no direito brasileiro. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 257, 1977, p. 155-159.

_____. *As ações possessórias no Código de Processo Civil vigente*. Goiânia: Roriz, 1974.

_____. Apontamentos a respeito do direito de propriedade. In: *Direito civil constitucional*, LOTUFO, Renan (Coord.) São Paulo: Malheiros, 2002, p. 161/192.

_____. Constituto possessório e transferência da posse. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 4, 1978. p. 93-100.

_____. Cláusula constituti. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.), São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 15.

LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. *Direito agrário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

LIMA, Ruy Cirne de. *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*. 4. ed. Brasília: ESAF, 1988.

LIMA, Sheila Carneiro Targino. *Un supuesto de aplicación constitucional de la función social de la propiedad: La usucapión agraria en Brasil*, tesina de doutoramento. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002.

LOBO, Paulo Luiz Neto. O direito civil alternativo. In: CHAGAS, Silvio Donizete (Org.). *Lições de direito civil alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 11-20.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPEZ Y LOPEZ, Angel M. *La disciplina constitucional da la propiedad privada*. Madrid: Editorial Tecnos, 1988.

LOS MOZOS, José Luis de. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*. Madrid: Edersa, 1993.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

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

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 6. ed. Goiânia: AB Editora, 2005.

MARTÍNEZ, Fernando Rey. *La propiedad privada en la constitución española*. Madrid: Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith (Organizadora). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRA, Silvio A B. *Instituições de direito romano*. São Paulo: Max Limonad Editora, 1971.

_____. *História e fontes do direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1966.

MELHIM, Namen Chalub. *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Apud LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MIGUEL, Juan Francisco Delgado de. *Derecho agrario ambiental. Propiedad y ecología*. Malaga: Aranzadi Editorial, 1992.

MIQUEL, Joan. *Derecho privado romano*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1992.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, tomo VI.

MOMMSEM, T. *Compendio del derecho publico romano*. Buenos Aires: Editorial Impulso, 1942.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 32. ed., revisada e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTÉS, Vicente L. *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*. Madrid: Editorial Civitas, 1980.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1970. I vol.

MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NASCIMENTO, Valter Vieira do. *Lições de história do direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

NÓBREGA, Flóscolo da. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1968.

PAREDES, Vicente Santamaria de. *La defensa del derecho de propiedad y sus relaciones con el trabajo*. Madrid: Tipografía del Colegio Nacional de Sordo-Mudos y de Ciegos, 1874.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Haddad Editores, 1955.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Diritto comunitario e legalità costituzionale: per un sistema italo comunitario delle fonte*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1992.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed., trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Scuole, tendenze e metodi: problemi del diritto civile*. Napoli: Edizione Schientifiche Italiane, 1989.

_____. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Camerino, Edizione Scientifiche Italiane, 1983.

_____. *Introduzione alla problemática della “proprietà”*. Camerino: Jovene, 1971.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

PICANÇO, Melchiades. *A força eterna do direito*. Niterói: [s. n.], 2003. vol. II.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 2ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PUGLIESE, Roberto J. Expressões modernas do direito de propriedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, n. 733, p. 733-762, 1996.

PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Ristampa. Milano: Giuffrè, 1964.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O Projeto do novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. São Paulo; Saraiva, 1999.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1968.

RICCOBONO, Salvatore. *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1949.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol. 5: direito das coisas.

RODOTÁ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Traducción y prólogo de Luiz Diez-Picazo. Madrid: Civitas, 1986.

_____. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1990.

ROUANET, Sérgio Paulo. Tomismo e iluminismo. In: _____. *Mal estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. *El derecho constitucional al medio ambiente. Dimensión jurisdiccional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 2. Trad. Ary dos Santos.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Fortaleza: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SCHULZ, Fritz. *History of roman legal science*. London: Oxford University Press, 1953.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Leandro Ribeiro da. *Propriedade rural*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUZA, Raquel de. O direito grego antigo. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.) *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STEFANINI, L. Lima. *A propriedade no direito agrário*. São Paulo: RT, 1978.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____. (Org.) *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____ (Coordenador) *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1-22.

_____. A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 306, p. 73-78, abr./jun. 1989.

_____. *Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira*. Coimbra: Coimbra Editora. Universidade de Coimbra. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra, 1999/2000.

VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade. Construção de um direito. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 730-762.

_____. A tutela da posse entre abstração e autonomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 789-842.

_____; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 763-788.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 3. ed. 2003. vol. 5: Direitos reais.

VOCI Pasquale. *Modi di acquisto della proprietà: corso di diritto romano* Milano: DOTT/A Giuffrè Editore, 1952.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro: direito das Coisas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias, 1970.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: C. Gulbenkian, 1980.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico; fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

_____. *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ZITSCHER, Harriet Christiane (Coord). *Introdução do direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.