CYNTHIA REGINA DE LIMA PASSOS

REGIME JURÍDICO DA PROPRIEDADE URBANA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A SUPERAÇÃO DO CONCEITO ÚNICO DE TITULARIDADE NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

CURITIBA

2006

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

TERMO DE APROVAÇÃO

CYNTHIA REGINA DE LIMA PASSOS

REGIME JURÍDICO DA PROPRIEDADE URBANA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A SUPERAÇÃO DO CONCEITO ÚNICO DE TITULARIDADE NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, de de 2006

AGRADECIMENTOS

Muitos são os envolvidos no percurso que levou à conclusão deste trabalho, fazendo com que a solidão – característica da elaboração de uma monografia – seja, por felicidade, apenas aparente.

Sou devedora, em primeiro lugar, da minha família, pelo amor e pela certeza de que a distância física que muitas vezes nos separa mais ainda nos une. De maneira especial agradeço aos meus pais, Diva e Luiz Gabriel, pela simplicidade, abnegação e, sobretudo, pelos constantes exemplos de integridade dos quais me orgulho de ser testemunha e tributária.

Ao meu orientador, professor Luiz Edson Fachin, agradeço pelo estímulo, dedicação e amizade que, para além do seu vasto conhecimento jurídico, foram as principais notas da sua segura orientação.

Sou grata aos amigos, tantos que seria injusto tentar relacionar todos, mas que são aqui representados pelos queridos Isabelle Pucci, Danielle Cassou, Mônica Breda, Fabiana Persicotti, Denise Lírio Santos, Cléia Cunha, Guadalupe Vivekananda, Andressa Caldas, José Paulo Tasca, José Eduardo Silva e Veridiana Moserle, sempre presentes e que tornaram esse caminhar mais suave.

Também àqueles cujos vínculos se fortaleceram nessa trajetória, transcendendo a mera relação acadêmica, Eduardo Faria Silva, Thiago Breus, Gabriel Godoy, Tatyana Friedrich e Adriana Corrêa.

Aos servidores, procuradores e estagiários do IBAMA/PR, pelo apoio e pela compreensão.

Não poderia deixar de mencionar os meus sempre professores José Antônio Peres Gediel e Marcos Bittencourt Fowler, certamente os maiores responsáveis pelas minhas escolhas profissionais, norteadas pelas suas lições de Direito e de vida ministradas na prática cotidiana e que constituem minha referência desde os tempos da graduação. No mesmo sentido, cabe uma sincera menção aos companheiros da Terra de Direitos, nas pessoas de Darci Frigo e Leandro Gorsdorf.

Ao professor Eroulths Cortiano Junior, cuja generosidade permitiu o acesso a uma bibliografia de singular importância para o trabalho.

Agradeço também às acadêmicas de Direito Marília Pedroso Xavier e Marina Nishimori, pelo auxílio nas pesquisas bibliográficas e organização do material.

Por fim, a Antônia Schwinden, pelo afinco no desempenho da tarefa de lapidar um texto repleto de imperfeições, a minha gratidão.

Toda a paisagem não está em parte nenhuma.

Fernando Pessoa - Livro do Desassossego

SUMÁRIO

RESUMO vi
ABSTRACT vii
INTRODUÇÃO 1

PARTE I
DA FONTE À ALIANÇA: A MODERNIDADE E O DIREITO CIVIL CLÁSSICO

CAPÍTULO 1 - ELEMENTOS ESTRUTURANTES DO DIREITO PRIVADO MODERNO 9
CAPÍTULO 2 - SUJEITO, DIREITO E RELAÇÃO: O TRIPÉ ABSTRATO DO DIREITO CIVIL 19
CAPÍTULO 3 - PROPRIEDADE: PERCURSO HISTÓRICO E TRAVESSIA DA MODERNIDADE À CONTEMPORANEIDADE 29

PARTE II
***UM OUTRO OLHAR*: TRANSFORMAÇÃO, SUPERAÇÃO E TENDÊNCIAS JURÍDICAS CONTEMPORÂNEAS**

CAPÍTULO 1 - INVESTIGAÇÕES NO CAMPO SEMÂNTICO: CONSTITUCIONALIZAÇÃO, PUBLICIZAÇÃO, REPERSONALIZAÇÃO E DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL 49
CAPÍTULO 2 - IMPERATIVIDADE DE UMA PRINCIPIOLOGIA AXIOLÓGICA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS 64
CAPÍTULO 3 - FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: CAMINHOS PRETÉRITOS E RUMOS PRESENTES 79

PARTE III
PROPRIEDADE URBANA E RUPTURA DE PARADIGMAS NAS TITULARIDADES

CAPÍTULO 1 - FUNÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO E CIDADE: LUZ E SOMBRA NA URBE 102
CAPÍTULO 2 - EXPRESSÕES DA RUPTURA NO ESTATUTO DA CIDADE 127
CAPÍTULO 3 - REFLEXOS E SINTOMAS NA CODIFICAÇÃO DE 2002 158

CONCLUSÕES 174
BIBLIOGRAFIA 179

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a alteração pela qual vêm passando o Direito Civil e a concepção de propriedade, tomada como um de seus fundamentos basilares, num processo histórico que tem seu marco inicial situado na modernidade, e cuja trajetória vem sendo permeada por um sopro de renovação atribuído à função social da propriedade como um elemento integrante do próprio conteúdo das titularidades e ao reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais, entre eles e com maior relevo, o princípio da dignidade da pessoa humana. Por meio de tendências que orientam o estudo do Direito Civil contemporâneo, como a publicização, a constitucionalização, a repersonalização e a despatrimonialização torna-se possível afirmar que o direito de propriedade só faz sentido na medida em que seu exercício é voltado à realização das necessidades da sociedade, e não somente do indivíduo proprietário. Para dar suporte a tal afirmação, foi eleito o estudo do regime jurídico da propriedade na Constituição de 1988, e especificamente o tratamento dispensado à propriedade urbana, seja na própria Carta Constitucional, seja nos dispositivos legais que foram elaborados posteriormente à sua entrada em vigor, como é o caso do Estatuto da Cidade, identificando-se a preocupação do Direito em dar resposta a questões que envolvem uma coletividade e seu acesso ao direito de propriedade. Compreendendo-se o espaço urbano como um palco em que se desenvolvem relações sociais dotadas de grande complexidade, é possível afirmar que o Direito contemporâneo vem sendo reconstruído de modo a rechaçar a idéia, por muito tempo dominante, de que o direito de propriedade deva ser aceito como um direito absoluto e individual, atribuído a um sujeito abstrato, numa visão herdada dos Códigos de inspiração oitocentista, e passe a alçar vôos em direção à emancipação do sujeito concreto e dotado de necessidades reais.

Palavras-chave: Direito civil, Titularidades, Constituição, Estatuto da Cidade.

ABSTRACT

The present work aims at showing the changes the Civil Law and the property concept, that is one of its basic fundaments, have experienced within a historical process that has its starting point in the modern era. The blow of renovation that permeates the historical process trajectory is accredited to the ownership social function, that is considered an integrant element of the ownership contents itself, and to the acknowledgment of the constitutional principle normative forces such as, and mainly, the human being dignity principle. Considering the tendencies that guide the contemporary civil law study, such as the constitutionalization, we can say Property Right makes sense as long as its practice is addressed to the society needs and not only to the owner individual needs. To support the aforementioned statement, the 1988 Constitution elected a study on the property legal system specifically focusing the urban property treatment in the Constitution itself, as well as in the legal provisions established after it was in force. A good example is the City Statute where we can identify the Civil Law concern over answering the issues involving community and its access to Property Right. If we consider the urban space as a stage where we develop complex social relationships, it is possible to state that the contemporary Civil Law is being rebuilt in order to reject the idea, based on a viewpoint inherited from the Codes influenced by the eighteenth century ideas and prevailing for a long period of time, that property right should be accepted as an absolute and individual right assigned to an abstract individual, so that it could fly up towards the emancipation of a concrete individual with real needs.

Key words: Civil Law, property right, Constitution, City Statute.

INTRODUÇÃO

Em sua obra O Contrato Natural, Michel Serres[1], ao se debruçar sobre as mazelas decorrentes da racionalidade que permeou os processos de "evolução" da ciência e da tecnologia, propõe um novo pacto entre as pessoas, que ocorreria a partir da renúncia ao contrato social e às bases em que este foi estabelecido: para ele, domínio e posse são as palavras-chave do despertar da técnica e da ciência, e da partida do homem, ser racional, em busca da conquista do universo. "Nossa relação fundamental com os objetos se resume na guerra e na propriedade", afirma.

Tal afirmação sintetiza de modo preciso a relação do homem com as coisas, e, indo além, poderíamos mesmo dizer que a guerra tem como objetivo último a conquista da propriedade, a partir da subjugação dos povos inimigos.

Essa sensação de desassossego[2], traduzida na obra de Serres na necessidade de estabelecimento de um pacto fundado em bases diversas daquelas que estruturaram o pensamento moderno, estende-se pelos mais diversos aspectos da vida, dos costumes, das artes, da ciência, dos valores sociais, e atinge em cheio o Direito, que não poderia jamais passar incólume pela necessidade de uma drástica transformação na forma de compreensão do mundo.

A maior evidência desse processo de renovação, no entanto, pode ser identificada no Direito Civil a partir do momento em que são questionadas suas estruturas fundamentais, concebidas como direito natural e positivadas sob a égide da neutralidade própria do positivismo jurídico e sua pretensão de generalidade a partir da abstração, que o afastou, na medida em que se tornam mais complexas as relações sociais, da realidade que pretendia regular.

---

[1]SERRES, Michel. **O contrato natural**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. p.44.

[2]Resgatando a idéia de Fernando Pessoa (na pele do heterônomo Bernardo Soares), Boaventura de Sousa Santos no seu livro "A crítica da razão indolente" nos chama a buscar recuperar algo de um racionalismo que permita contemplar não apenas a razão indiferente e abstrata própria da modernidade, mas também que permita abranger saberes críticos e pertinentes à realidade.

Impõe-se, dessa forma, a necessidade de reconstrução conceitual da ordem jurídica civilista clássica, com base nos pressupostos constitucionais, consubstanciados em princípios, dentre os quais a dignidade da pessoa humana ganha especial relevo.

Esse movimento confere novo enfoque aos pilares que sustentam o Direito Civil, a fim de promover um rompimento paradigmático entre os espectros meramente individualistas do passado que insistem em assombrar o presente e o porvir de uma sociedade que se constrói sobre alicerces diversos, como a justiça, a igualdade substancial, o bem comum e os interesses da coletividade.

Discutir o Direito Civil, na perspectiva de uma visão principiológica constitucional que tem seu fundamento na dignidade da pessoa humana, reconstruindo as bases da relação jurídica, em que o sujeito não é mais a abstração da modernidade, mas pessoa concreta, é tarefa da qual se lança mão para identificar, em nossa sociedade, a exclusão causada por uma concepção de propriedade absoluta. Ademais, tal concepção apresenta-se também recoberta por uma aura de sacralidade que a torna intocável e, assim, inacessível a tantos.

A reflexão ora proposta parte do pressuposto de que as estruturas do direito privado vêm sofrendo profundas alterações, num arco temporal que tem como início a modernidade, em que se identifica o marco do surgimento do Direito Civil clássico, codificado, e cujo percurso nos leva à contemporaneidade.

Nesse intervalo de espaço e tempo procura-se evidenciar a crise do sistema e reconstruir o Direito Civil numa perspectiva emancipatória que leve em conta a concretude das relações sociais e que busque sua repersonalização, publicização e constitucionalização, refletindo nos três pilares fundamentais sobre os quais se assenta o direito privado clássico: o trânsito jurídico (o contrato), o projeto parental (a família) e a titularidade (a propriedade).

O fio que conduz essa trajetória são os valores fundamentais da pessoa, consubstanciados no princípio da dignidade humana que se encontra no bojo de todo o movimento de reconstrução de um direito privado que durante muito tempo

teve no direito codificado, abstrato, genérico, pretensamente neutro, praticamente toda a sua fonte e que agora se volta à Constituição como seu fundamento último[3].

É chegado o tempo de renúncia às concepções neutras, que, em verdade, significam uma opção que nada tem de imparcial, pois seu momento histórico nos mostra justamente o contrário, para desconstruir o velho e vacilante edifício de normas abstratas e reconstruí-lo em alicerces sólidos, ancoradas no ser humano concreto, agasalhado pelos princípios constitucionais.

Essa reconstrução dos conceitos ergue-se sobre uma base constitucional e principiológica que deve orientar a interpretação do direito superando a normatividade exegética na medida em que reconhece a impossibilidade de subsistência da antiga dicotomia estabelecida entre o público e o privado, bem como da compreensão do Direito Civil contemporâneo a partir dos mesmos paradigmas do Direito Civil clássico.

Desse modo, os princípios valorativos constitucionais encontram-se inseridos no sistema e possuem um caráter normativo que imprime sentido às regras, vale dizer, a interpretação e aplicação das regras devem ser levadas a efeito à luz dos princípios.

Nessa perspectiva, a questão das titularidades, entendida como um dos vértices fundantes do direito privado que trata do modo de apropriação (posse e propriedade), ganha novos contornos que se projetam para além da desgastada moldura imobilizadora estabelecida pelo Direito Civil oitocentista.

Sob esse diverso ponto de vista, a propriedade é colocanda em outra dimensão, inter-relacionada com outros institutos e outras áreas do conhecimento, assumindo feições diversas e plurais que não se esgotam no modelo único outrora

---

[3]É o que leciona Ingo Wolf Sarlet (O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v.17, p.63, 1999) quando trata da impossibilidade de restrição e retrocesso dos direitos constitucionalmente consagrados e que têm por escopo o princípio da dignidade humana: "Não hesitamos, portanto, em afirmar que o princípio fundamental da proibição (relativa) de retrocesso na esfera social, seja ele implementado por meio de 'cláusulas pétreas', seja ele desenvolvido a partir de outros princípios constitucionais, constitui-se não apenas a salvaguarda do Estado Social de Direito, ou caso preferirmos, da justiça material, mas principalmente da própria dignidade da pessoa humana, valor-guia da ordem constitucional e objetivo permanente de toda ordem jurídica que se pretenda legítima".

estabelecido, cuja determinação do conteúdo dependerá de interesses que se configuram como extraproprietários.[4]

A propriedade deixa de ser uma situação de poder, o direito subjetivo por excelência, considerada por si só e abstratamente, mas passa a ser qualificada como uma situação subjetiva típica e complexa, cuja legitimidade se afere na relação jurídica concreta em que está inserida.[5]

Essa dimensão diz respeito à garantia da propriedade privada não como um direito absoluto do proprietário, mas condicionada ao cumprimento de sua função social, que é princípio assegurado pela Constituição de 1988, e também direito fundamental, o que torna imperativo que a disciplina do direito das coisas seja reconstruída com base nessas premissas, mitigando o individualismo que é a nota da propriedade tal como configurada no Código Civil de inspiração liberal.

É como precisamente leciona Tepedino

> A propriedade, todavia, na forma em que foi concebida pelo Código Civil de 1916, simplesmente desapareceu no sistema constitucional brasileiro, a partir de 1988. A substituição da idéia de aproveitamento pro se pelo conceito de função de caráter social provoca uma linha de ruptura.[6]

Ainda que se cogite que o conteúdo da função social da propriedade seja destituído de determinação, o que dificultaria a sua aplicação, a superação dessa indeterminação tem como orientação a opção axiológica feita pela Constituição, que reconhece as situações jurídicas subjetivas complexas nas quais os sujeitos estão inseridos.

---

[4]TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In:_____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.317.

[5]Essas idéias conduzem os ensinamentos de Gustavo Tepedino (Contornos..., p.316) a partir da lição de Pietro Perlingieri (**Introduzione alla problematica della proprietà**. Camerino: Jovene, 1970. p.91).

[6]TEPEDINO, G., Contornos..., p.321.

Identifica-se, pois, a ruptura com o discurso proprietário da modernidade:

> A função social da propriedade significa ruptura do discurso proprietário na medida em que, enfrentando a abstração de seu modelo, remete o operador do direito para a análise da situação concreta em que se insere cada situação proprietária.[7]

Com base nessas premissas é que foi construído o presente trabalho, cuja pretensão é propor uma análise, sob o enfoque do Direito Civil, sem, no entanto, excluir outros ramos do Direito e do conhecimento. Com isso, pretende-se demonstrar a intrínseca ligação entre o direito de propriedade e a configuração das nossas cidades, uma vez que a propriedade imobiliária urbana determina a configuração do espaço urbano, estabelecendo uma arquitetura de inclusão proprietária e de sistemática exclusão de quem a ela não tem acesso.

Em outros termos, objetiva-se averiguar as relações estabelecidas entre o direito de propriedade e o processo de urbanização brasileira, identificando nesse movimento as tendências contemporâneas que permeiam o direito privado, como a constitucionalização, a publicização, a repersonalização e a despatrimonialização, de modo particular no que diz respeito às titularidades.

Tais tendências podem ser constatadas a partir do tratamento dispensado à propriedade na Constituição de 1988, que estabeleceu regimes diferenciados para as propriedades imobiliárias rural e urbana, e especialmente da análise de dispositivos contidos na Lei n.º 10.257/01, o Estatuto da Cidade que, ao regulamentar o artigo 182 e 183 da Constituição Federal, estabeleceu as diretrizes gerais da política urbana no País.

Esse importante diploma legal, voltado para uma das questões sociais mais prementes da vida moderna, que é a vida nas cidades e cujos preceitos incidem diretamente sobre a propriedade privada, busca a um só tempo alterar a configuração

---

[7]CORTIANO JR., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.150.

desigual e injusta do espaço urbano – por meio da previsão de instrumentos destinados a efetivar a regularização fundiária de áreas irregulares – e promover a participação popular nos processos decisórios.

A tarefa a que nos dispomos é analisar de que forma o tratamento conferido à propriedade urbana na Constituição Federal de 1988 revela, portanto, a impossibilidade de sobrevivência de uma concepção proprietária baseada num conceito único, abstrato, ao qual as demais realidades deverão ser adequadas, moldura por demais acanhada para os fatos que pretende abarcar.

Para tanto, há que transitar por princípios e diretrizes trazidos pelo Estatuto da Cidade, no que diz respeito ao direito de propriedade e aos instrumentos nele contidos, com destaque à modalidade de usucapião coletiva, que prevêem uma intervenção ampla naquilo que se consubstancia em um dos pilares do direito privado, transmutando sua natureza clássica e lhe impondo um caráter coletivo, ao eleger como seu objetivo último a regularização fundiária dos espaços urbanos.

Em outras palavras, significa dizer que a legislação infraconstitucional, com destaque para o Estatuto da Cidade, no passo da Constituição Federal, dispõe sobre a propriedade urbana de forma a abandonar o caráter individualista e consolidar o verdadeiro "direito à propriedade".

O percurso do trabalho

A presente dissertação encontra-se dividida em três partes.

A Parte I cuida de desenvolver uma perspectiva histórica e crítica acerca do pensamento civilista ancorado na modernidade, situando nesse momento histórico o surgimento das instituições do Direito Civil tais como foram concebidas e serviram de fundamentação às codificações oitocentistas, especialmente a idéia de sujeito de direito e da sua relação com o patrimônio, entendida a propriedade como direito subjetivo preponderante, que acabou por resultar no modelo proprietário moderno.

Na Parte II, são estudadas as tendências contemporâneas que se voltam à critica dos paradigmas da modernidade, calcados na abstração, na generalidade e

na impermeabilidade entre as esferas do público e do privado. Tais tendências implicam uma nova forma de concepção do Direito Civil, que no âmbito da propriedade significa aceitar a impossibilidade de subsistência de um conceito único, ou de um único estatuto proprietário e, mais ainda, de que ela esteja a serviço tão-somente do "sujeito proprietário" da modernidade.

Na Parte III, pretende-se demonstrar que o tratamento dispensado à propriedade pela Constituição de 1988 evidencia a incoerência de conceber-se propriedade de uma maneira absoluta, a partir do relevo diferenciado que é conferido à propriedade rural e à propriedade urbana, bem como, ao dispor sobre a propriedade urbana numa perspectiva coletiva, voltada ao acesso à terra, preocupou-se em recolocar a pessoa humana no centro das preocupações do Direito, fazendo com que ela passe a ocupar o lugar do sujeito de direito abstrato da modernidade, o que se espelha nos diplomas legais aos quais coube a tarefa de regulamentá-la.

PARTE I

DA FONTE À ALIANÇA: A MODERNIDADE E O DIREITO CIVIL CLÁSSICO

CAPÍTULO 1

ELEMENTOS ESTRUTURANTES DO DIREITO PRIVADO MODERNO

As raízes das instituições do Direito Civil, albergadas nos Códigos, medram na modernidade.

E as estruturas de base do direito privado se alicerçam na modernidade, fundadas em noções como sujeito de direito, direito subjetivo e relação jurídica, criações próprias daquele momento histórico e que são a forma como se externam no mundo do Direito as relações entre as pessoas, entendidas como situações protegidas pelo Direito e, assim, relevantes juridicamente.

Essas construções constituem a forma com que a pessoa passa a figurar como sujeito nas relações que envolviam os três pilares sobre o quais se assenta o direito privado: a família, ou o projeto parental; o contrato, ou o trânsito jurídico; as titularidades, ou a posse e a propriedade.

Por circunstância, o que vem sendo entendido por Direito Civil nos últimos dois séculos, em sua concepção tradicional, é, pois, aquele direito formulado no Código Napoleônico com base na sistematização feita por Domat[8], que delimitou o conteúdo daquele Código, que paulatinamente influenciou as demais codificações ocorridas no século XIX e ainda no século XX.

Com esse trabalho de sistematização, passa-se a identificar o Direito Civil com as normas estabelecidas nos Códigos, que guardavam a pretensão de regular as relações entre as pessoas do ponto de vista privado, delimitando o Direito Civil como o espaço de liberdade individual, no qual não se admitia interferência estatal.

---

[8]TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, ano 17, p.21-22, jul./set. 1993. "Entende-se tradicionalmente por direito civil aquele que se formulou no Código Napoleão, em virtude da sistematização operada por Jean Domat – quem primeiro separou as leis públicas – cuja obra serviu para a delimitação do conteúdo inserto no *Code* e que, em seguida, viria a ser adotada pelas codificações do Séc. XIX."

Em última análise, o indivíduo é tutelado para que tenha liberdade de exercer sua atividade econômica.[9]

Não sem motivo, as teorias contratualistas que tentam explicar os fundamentos do Estado Moderno têm como base a necessidade de o indivíduo criar o Estado tão-somente para proteger seus interesses individuais, e não em nome de um ideal de sociedade baseado nos interesses da coletividade.

A transição entre o estado de natureza e a formação da sociedade civil faz com que os seres humanos se descubram como sujeitos individuais isolados, livres e iguais, que se unem por razões individualistas, entre elas, e principalmente, a proteção da propriedade.

Na lição de Michele Giorgianni,

> Os dois pilares desta concepção eram constituídos pela propriedade e pelo contrato, ambos entendidos como esferas sobre as quais se exerce a plena autonomia do indivíduo. Deles, sobretudo a propriedade individual constituía o verdadeiro eixo do sistema do Direito Privado, tanto que o contrato na sistemática dos códigos oitocentistas, era regulamentado essencialmente como 'modo de aquisição da propriedade'.[10]

Maria Celina B. de Moraes Tepedino afirma, porém, que a concepção de Direito Civil hoje não guarda correspondência com a idéia moderna, pois a real nota do Direito Civil naquela época era a defesa do indivíduo perante o Estado, por meio da atribuição de uma série de poderes individuais que resguardavam a sua liberdade de agir, e que hoje é matéria constitucional.

---

[9]Essa afirmação é lastreada nas palavras de Michele Giorgianni, para quem: "O Direito Privado constituía a expressão de um sistema que exaltava a atividade do indivíduo no âmbito da vida econômica, e, sobretudo, garantia essa atividade como aquela tida como a mais idônea para tutelar o indivíduo." (GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. Separata de: **Revista dos Tribunais**, ano 87, v. 747, p.41, jan. 1998).

[10]GIORGIANNI, op. cit., p.39.

> O sustentáculo fundamental do liberalismo que, pressuposta a separação entre o Estado e a sociedade civil, relegava ao Estado a tarefa de manter a coexistência pacífica entre as esferas individuais, para que atuassem livremente, conforme suas próprias regras, entrou em crise desde que o Poder Público passou a intervir quotidianamente na economia.[11]

Pode-se asseverar, portanto, que o direito privado moderno é construído a partir da individualização dos sujeitos[12], que são os titulares de direitos subjetivos, provocando assim a redução das relações sociais ao conteúdo das relações jurídicas,[13] as quais têm por objeto bens dotados de valor econômico.

Nesse compasso, a cisão entre o Direito Público e o Direito Privado é bastante evidente, pois, enquanto o primeiro, emanado do Estado, tinha como tarefa regular o interesse geral, o segundo emerge como aquele Direito que resguarda os direitos inatos do homem, garantindo as relações privadas estabelecidas entre os indivíduos, com base nos pressupostos da igualdade formal e da liberdade.

---

[11]TEPEDINO, M. C. B. M., p.22.

[12]Carlos Máres, ao tratar da dificuldade encontrada pelo direito moderno para trabalhar com direitos coletivos, expõe: "Todo o direito do Estado moderno está assentado na concepção dos direitos individuais. Estes direitos eram nada mais nada menos que a possibilidade de cada homem livre adquirir direitos. Quer dizer, a organização estatal estava criada para garantir, individualmente, o exercício de direitos." Quando esse direito se depara com questões coletivas sua solução é individualizar os sujeitos, mesmo que com uma ficção jurídica: "A propriedade comum de todos se passou para o Estado, dentro da dicotomia público/privado. A propriedade comercial, o próprio direito civil, ao criar a noção de pessoa, responsabilidade e capacidade jurídica, criou a ficção da pessoa jurídica que embora formada de pessoas individuais múltipla, é uma. Esta criação reafirma a idéia de individualidade patrimonial." O resultado disso é que: "cada vez que se fala em direito, há que se buscar, para a lógica do sistema, um titular, uma pessoa, um sujeito de direitos, individual, ainda que seja uma ficção" (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, de Francisco; PAOLI, Maira Célia (Org.). **Os sentidos da democracia**: políticas do dissenso e hegemonia global. Petrópolis: Vozes, 1999. p.309-311).

[13]"O movimento de formalização do Direito reduz o significado das relações sociais limitando-o ao conteúdo de relação jurídica, em que o poder de vontade tem a faculdade de vincular os indivíduos abstratamente, considerando-se a causa material e concreta de tal vinculação como mera motivação, sem valor jurídico." (GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p.27).

Essa liberdade, no entanto, vai encontrar seus limites no Estado, que assim atua em nome da própria liberdade dos indivíduos, pois somente desse modo poderia garantir a convivência e a segurança para o desenvolvimento da atividade econômica.

Em igual sentido a lição de Giorgianni:

> Como se sabe, jusnaturalismo e racionalismo levaram a conceber o ordenamento jurídico, então entendido essencialmente como 'Direito Privado', em função do indivíduo e a considerá-lo como o conjunto dos direitos que a estes cabem. No centro deste sistema, cujas origens ideais remontam justamente ao movimento renascentista, está o 'sujeito' de direito, subvertendo-se, assim, a origem etimológica de tal termo, relacionada a um estado de sujeição (*subiectum*). O direito subjetivo é por isso entendido como poder de vontade do sujeito, e no centro do sistema sobressai o 'contrato' como a voluntária submissão do indivíduo a uma limitação da sua liberdade: pode-se dizer que todo o direito positivo, através da ficção do 'contrato social', é reconduzido aos esquemas voluntarísticos do Direito Privado.[14]

Nesse contexto de descobertas, não é novidade afirmar que o Direito Civil clássico consubstanciado nos Códigos tem como nota a neutralidade, a abstração e a universalidade, características principais de um projeto de racionalidade instrumental próprio da modernidade, dotado de delineamentos bastante peculiares.[15]

Esse projeto pretensamente revestido de neutralidade, do qual herdamos a concepção que ainda hoje permeia todo o estudo e a prática do direito privado, configura o berço de um direito formalista e impermeável a circunstâncias de caráter político, econômico, ou pertencentes a outras áreas do conhecimento, por considerar-se imutável, fechado, pronto, a-histórico e atemporal.

---

[14]GIORGIANNI, op. cit., p.38.

[15]Paolo Grossi (**Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p.15), bem traduz: "Simplismo e otimismo parecem ser os traços que mais caracterizam o jurista moderno, fortalecido no seu coração pelas certezas iluministas. Mas são muitos os problemas evitados, as interrogações que não se quis pôr, assim como é muito fácil sentir-se satisfeito ao contemplar um mundo povoado por figuras abstratas, projetadas por uma lanterna mágica muito bem manobrada."

Uma das características desse projeto foi tomar o sujeito por algo que é exata e exclusivamente aquilo que o próprio direito define como tal, excluindo a realidade por meio da utilização de uma espécie de "filtro de juridicidade"[16], em que a relação jurídica se estabelece por intermédio de um sujeito abstrato, despido de particularidades e capaz de, em última análise, adquirir patrimônio[17]. O sujeito de direito é aquele descarnado de seu contexto social em homenagem ao interesse econômico.

Esse Direito Civil cujas raízes são localizadas na modernidade, e que se concretiza com a tendência codificadora do século XIX, faz uma clara opção pela neutralidade e generalidade de seus conceitos, bem como pela excessiva abstração.

Chama-se a atenção para essa opção pela neutralidade e abstração, que, em verdade, revela mais a ausência de neutralidade, indo além de uma simples omissão, pois historicamente a correlação entre o modelo jurídico adotado e o modelo econômico vigente sempre foi intensa e evidente.

Assim é que a codificação do direito ocorrida na modernidade constitui marco principal da civilização jurídica ocidental de matriz européia, evidenciando o rompimento com o passado medieval, em que a pluralidade era característica fundamental, para colocar em seu lugar um sistema baseado na centralidade totalizadora vivificada pelo Código (no caso o *Code* civil).[18]

Também a necessidade de segurança nas relações jurídicas, a fim de possibilitar que as relações comerciais fossem estabelecidas com base em normas

---

[16]Tal expressão é utilizada com exatidão por Luiz Edson Fachin na obra **Teoria crítica do direito civil** (Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.92).

[17]Sobre isso, ver Luiz Edson Fachin (**Teoria crítica**..., p.89): "Não sem sentido, nesses quadrantes, o sujeito não 'é' em si, mas 'tem' para si titularidades. É menos pessoa real e concreta (cujas necessidades fundamentais como moradia, educação, alimentação não se reputam direitos subjetivos porque são demandas de 'outra ordem'), e é mais um 'indivíduo patrimonial'."

[18]GROSSI, **Mitologias**..., p.111-112. "O Código revela plenamente a sua filiação ao Iluminismo. O Príncipe, indivíduo modelo, modelo do novo sujeito liberto e fortificado pelo humanismo secularizador, tem condições de ler a natureza das coisas, decifrá-la e reproduzi-la em normas que podem ser legitimamente pensadas como universais e eternas, como se fossem a tradução em regras sociais daquela harmonia geométrica que rege o mundo."

dotadas de previsibilidade, marcam a inauguração de um sistema com pretensão de exclusividade.

Grossi identifica uma tríplice tensão que caracteriza a codificação:

> Uma tipicidade inconfundível, em relação a todas as outras fontes jurídicas que se manifestaram ao longo da história, é-lhe impressa por uma tríplice tensão que o [Código] percorre; efetivamente, tende a ser fonte unitária, espelho e fundamento da unidade de um ente estatal; tende a ser uma fonte completa; tende a ser uma fonte exclusiva.[19]

Tendo como pano de fundo a racionalidade científica que dominou o pensamento iluminista, o processo de codificação do direito privado e a forma como se organizaram os códigos revelam a falsa idéia de que os problemas surgidos, dos quais são protagonistas sujeitos abstratos, inseridos em relações abstratas, seriam perfeitamente equacionados por meio de soluções abstratas.

Os modelos de soluções adotadas são "...modelos todos iguais, sem aquela pesada bagagem de carnalidade humana que a história inevitavelmente põe sobre o ombro de quem age no seu seio".[20]

Embora as relações proprietárias sejam o *locus* no qual essas características são mais facilmente identificáveis, pois é propriedade que vai assumir papel de central importância na estrutura da sociedade, os outros pilares sobre os quais se assentam o direito privado são impregnados pelos traços fundamentais da modernidade.

Assim, o contrato se estabelece como expressão da autonomia da vontade, a família como célula da organização essencial da sociedade, além da posse e a propriedade como formas de apropriação dos bens.

Some-se a isso a complexificação que ocorre na sociedade moderna, e que requer sistemas dotados de um maior grau de abstração porque isso significa

---

[19]GROSSI, **Mitologias**..., p.118.

[20]GROSSI, **Mitologias**..., p.126.

estabilidade, segurança. Aliás, a necessidade dessa segurança é que acabou por transformar o Direito Civil em um direito codificado.

Nesse sentido é possível afirmar que o Direito guarda em si a pretensão de dar conta de todos os fatos da realidade, mas acaba por dar relevância a apenas alguns, num processo que faz com que outros fatos sociais lhe escapem, o que equivale a dizer que ele agrega somente os fatos da realidade que lhe interessam e a eles atribui juridicidade.

É precisamente esta a conclusão de Fachin:

> O Direito, nesse sentido, opera um corte epistemológico, ou seja, coopta os fatos da realidade que lhe interessam, situação esta que acaba por excluir diversas outras nuanças das relações, pois não as reconhece no seu corpo normativo e, quando o faz, força a definição das mesmas, enquadrando-as de acordo com os conceitos presentes no sistema vigente.[21]

Como evidência de tal afirmação, basta observar que, por disposição do Código Civil brasileiro – o Novo Código Civil de 2002 acabou por repetir o que constava no Código de 1916 –, encontra-se o direito de propriedade enclausurado entre dois princípios que determinam aquilo que pode ou não se considerado propriedade: são os princípios do *numerus clausus* e da tipicidade, que definem exatamente quais hipóteses correspondem a direitos reais, sem possibilidade de inclusão de outras, por meio da vontade dos contratantes.

Por esses dois princípios, que buscam delimitar as situações que se amoldam àquilo que o Direito entendeu por bem chamar de direito real, algumas realidades são enumeradas. As demais se encontram sumariamente excluídas.

A prevalência da propriedade é tão arraigada no pensamento clássico, que ela passa a funcionar como cerne da organização de toda a sociedade, consolidando um modelo que acaba por impregnar todas as relações estabelecidas, econômicas, políticas e sociais, conforme explica Cortiano Jr.

---

[21]FACHIN, **Teoria crítica**..., p.37.

> O modelo proprietário passa de instrumento de garantia da classe burguesa fundadora da sociedade liberal e se transforma em instrumento de organização e funcionamento de todo sistema. Disso se trata o discurso proprietário da modernidade que, tomando a propriedade como relação jurídica, e ao mesmo tempo, situação subjetiva a instituto jurídico, compõe nela uma série de materiais econômicos, políticos e sociais, dando-lhe uma roupagem jurídico-formal, de tal sorte que se insere em nossa vida de relações de forma permanente.[22]

Com efeito, as relações jurídicas estabelecidas sob a égide dos Códigos modernos acabam por obedecer ao binômio "propriedade-contrato".[23]

Não sem motivo o contrato, ante a necessidade de fazer com que a mercadoria pudesse circular livremente, assume a função de instrumento apto a permitir a consolidação dos valores da burguesia e suas conquistas.

> No Estado liberal, o contrato converteu-se em instrumento por excelência da autonomia da vontade, confundida com a própria liberdade, ambas impensáveis sem o direito de propriedade privada. Liberdade de contratar e liberdade de propriedade seriam interdependentes, como irmãs siamesas. (...)
> Autonomia da vontade, liberdade individual e propriedade privada, transmigraram dos fundamentos teóricos e ideológicos do Estado liberal para os princípios de direito, com pretensão de universalidade e intemporalidade.[24]

Forçoso concluir que é essa a concepção de direito privado sobre a qual todo o direito foi construído no pensamento jurídico ocidental e que foi por nós recepcionada e consagrada pelo Código Civil de 1916, cuja primazia do patrimônio estende-se para o terceiro dos pilares do direito privado que é a família.

---

[22]CORTIANO JR., op. cit., p.85-86.

[23]GROSSI, **Mitologias**..., p.130. "O Código fala ao coração dos proprietários, é sobretudo a lei tuteladora da classe dos proprietários, de um pequeno mundo dominado pelo 'ter' e que sonha em investir as próprias poupanças em aquisições fundiárias (ou seja, o pequeno mundo da grande comédie balzaquiana). É por isso que, ao lado da lei do Estado, única concessão pluralista, mas, ao contrário, bem fechada no interior de um surdo monismo ideológico, é admitida como única lei concorrente o instrumento príncipe da autonomia dos indivíduos, ou seja, o contrato."

[24]LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. **A teoria do contrato e o novo código civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003. p.11.

É o que nos revela a obra de Orlando Gomes[25], que vai além da afirmação de que o nosso Código de 1916 é fruto somente da inspiração proveniente do Código Napoleônico, para descortinar as suas origens específicas na realidade brasileira do final do século XIX e início do século XX.

Cumpre esclarecer que até a entrada em vigor do Código Civil, em 1.º de janeiro de 1917, a legislação civil brasileira era baseada nas Ordenações Filipinas, que datavam do ano de 1603, de modo que as idéias liberais, que tiveram livre trânsito em Portugal, eis que seu Código data de 1867, não foram de pronto absorvidas pela estrutura social brasileira, ainda colonial e escravista.

De qualquer sorte, Orlando Gomes ressalta como característica marcante de nosso Código de 1916 o "privatismo doméstico", em que a família é instituição preponderante e organizada de modo patriarcal, cuja preocupação maior é a conservação do patrimônio amealhado pelo chefe da família, em seu benefício e dos herdeiros.

Incorporando e emprestando significado jurídico a princípios morais enraizados na sociedade conservadora, principalmente no que diz respeito à configuração da estrutura familiar, o Código de 1916 também acaba por excluir da sua realidade situações que não se apropriam àquelas constantes em seu corpo normativo. Não prevê o divórcio, discrimina os filhos havidos fora do casamento e confere *status* de família apenas àquela cujo nascimento jurídico é celebrado dentro de suas regras.

Também aqui, e com bastante evidência, resta demonstrada a pretensão de o Código colocar-se como realidade normativa única, excludente das realidades que a ele não se ajustam, sem qualquer preocupação com a existência material da pessoa.

Há que se considerar a fragilidade do discurso sobre o qual foi forjada uma pretensa idéia de neutralidade, que é menos neutra do que se supõe, eis que

---

[25]GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

destinada a dar suporte a uma ideologia dominante e que é característica do projeto de Estado liberal no qual o Direito Civil moderno foi moldado.

Na feliz expressão de Fachin

> Um novo Direito Civil, a partir de seus pilares fundamentais, o contrato, o projeto parental e as titularidades, é a proposta do tempo que se faz agora, síntese do passado que restou e do futuro ainda por se estabelecer. Os sinos dobram para reconhecer o fim da concepção insular do ser humano e o liame indissociável entre Direito e crítica na releitura de estatutos fundamentais do Direito Privado.[26]

Com inspiração em tal assertiva, é possível reconhecer que os dogmas contidos no Direito Civil codificado e em nossos manuais têm seus alicerces abalados, eis que somos chamados a repensá-los com base em valores inspirados pela ética e pela justiça, que buscam concretizar o Direito comprometido com o destino de pessoas concretas, figuras reais, com existência física, necessidades e sonhos.

---

[26]FACHIN, **Teoria crítica**..., p.6-7.

CAPÍTULO 2

SUJEITO, DIREITO E RELAÇÃO: O TRIPÉ ABSTRATO DO DIREITO CIVIL

Ainda que a noção de indivíduo não nasça na modernidade, é nesse período que ela ganha os contornos que conhecemos: o indivíduo tornou-se um ícone da modernidade, que o transformou em sujeito de direito[27].

É nesse particular momento da história que a representação da liberdade humana adquire especial importância, como um atributo da subjetividade, a qualidade que faz com que ao indivíduo seja assegurado seu livre desenvolvimento: ser humano, afirmar-se como indivíduo, equivale a ter capacidade de autonomia[28], ser dotado de vontade livre[29], sem vícios e condicionantes de outra ordem que não a razão humana.

---

[27]"O sujeito foi colocado no pedestal da modernidade como o agente capaz de definir os seus destinos, de conhecer todo o seu mundo e de agir sobre este mesmo mundo. O sujeito tornou-se a origem e ao mesmo tempo o objetivo do pensamento, da organização da sociedade e da constituição do direito: de fato a noção de sujeito atravessa a constituição dos saberes filosóficos, políticos e jurídicos da modernidade." (FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002. p.19).

[28]É o que ensina Alain Renaut (**O indivíduo**: reflexão acerca da filosofia do sujeito. Trad. Elena Gaidano. Rio de Janeiro: DIFEL, 1998. p.5/6), ao associar a idéia de liberdade ao indivíduo: "Tanto que, em muitos aspectos, é mediante a afirmação do indivíduo enquanto princípio e enquanto valor (o individualismo, se se quiser) que o dispositivo cultural, intelectual e filosófica da modernidade pode simultaneamente caracterizar-se em sua originalidade mais evidente e interrogar-se a respeito de alguns de seus enigmas mais terríveis. E isso acontece por vários motivos que, no fundo, remetem à apreensão específica da liberdade, da qual os Modernos, a partir do humanismo do Renascimento ou do cartesianismo, foram os geniais inventores, ainda que tenham contribuído, mais do que todos os outros, para embaralhá-la e, mesmo, traí-la."

[29]Nas palavras de Oscar Correas (**Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)**. Puebla, Editorial Universidad Autonoma de Puebla, 1986. s/p.), "*La voluntad, para constituirse en el origen de la responsabilidad, debe ser libre. Estas ideas son de cuño Cristiano: para que sea posible el pecado, la condena y la redención, son necesarias la inteligencia, la voluntad y la libertad*".

Passando ao largo da pretensão de desenvolver de maneira aprofundada as idéias que confluíram para a concepção clássica do sujeito de direito, a compreensão das suas raízes históricas é necessária para que, a partir da crítica à noção abstrata que foi imposta como valor preponderante na modernidade, se proponha a transformação desse conceito contemplativo de sujeito, reposicionando-o dentro da relação jurídica como pessoa concreta, menos como indivíduo e mais como um ser coletivo.

A liberdade, que no mundo antigo significava não ser escravo ou estrangeiro, vale dizer, ser livre para exercer os direitos civis e políticos atribuídos aos cidadãos, adquire uma conotação bastante particular e passa, na modernidade, a ser considerada uma esfera da vida do cidadão, autônoma, impermeável ao Estado, em que se situam direitos atribuídos ao homem mesmo antes da existência do Estado.

Na ótica tradicional e formalista do direito, a categoria sujeito de direito conjuga, de um lado, a liberdade e a autonomia, e de outro, o aspecto coercitivo do direito a fim de que essa autonomia e liberdade sejam resguardadas.

Como resultado do momento histórico pós-Revolução Francesa e da consagração do seu ideário a partir da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, o ser humano é colocado no centro da organização da sociedade, e a ele são atribuídos direitos tidos como inerentes à natureza humana – a liberdade, a igualdade, a propriedade – e que, sob tal justificativa, são positivados a fim de conferir legitimidade ao direito estatal.

É o sujeito de direito o elemento central na consagração da idéia de autonomia individual e autodeterminação, cujo exercício da liberdade encontra seus limites no exercício das liberdades individuais alheias, que são os limites impostos pelo direito positivo.

O Direito Civil brasileiro, durante muito tempo identificado como sendo aquele contido no Código de 1916, buscou inspiração nas codificações oitocentistas, liberais, que criaram a noção de sujeito de direito como essa categoria abstrata à

qual nos referimos[30] e consagraram a autonomia, na medida em que a vontade livre constitui a essência do homem moderno e que qualquer ataque contra a liberdade passa a ser considerado um atentado contra um atributo essencial para a existência desse homem.

Nessa perspectiva, o humanismo propõe que a liberdade esteja a serviço do desenvolvimento autônomo do sujeito a fim de garantir que ele exerça seu domínio sobre o mundo.[31] A idéia de assenhorar-se das coisas, portanto, guarda estreita relação com a liberdade atribuída ao indivíduo e explica a relação sujeito e patrimônio que é o fio condutor da maioria das relações jurídicas.

Na modernidade confere-se ao direito de propriedade o *status* de direito subjetivo, cujo fundamento é o direito natural. De igual modo, ao deslocar o centro do pensamento da religião – Deus - para a razão - o ser humano - assegura-se a este o direito de exercer o domínio sobre as coisas.

Como conseqüência, outra característica desse pensamento moderno é a exacerbação do individualismo, pois a autonomia é pensada em termos individuais, identificada como a independência em relação ao outro. Esse individualismo nasce ao mesmo tempo em que a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 estabelece

---

[30]A manualística brasileira refere-se ao sujeito como aquele ser capaz de adquirir direitos e contrair obrigações, ou o elemento subjetivo da relação jurídica. Cita-se como exemplo: AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das coisas. 37 ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

[31]Ao tratar do humanismo como capacidade de autonomia, buscando identificar o que leva à afirmação do indivíduo como princípio, Alain Renaut (op. cit., p.10) faz a seguinte ponderação: "Nesse aspecto, o que define intrinsecamente a modernidade é, sem dúvida, a maneira como o ser humano nela é concebido e afirmado como fonte de suas representações e de seus atos, se fundamento (subjectum, sujeito) ou, ainda, seu autor: o homem do humanismo é aquele que não concebe mais receber normas e leis nem da natureza das coisas, nem de Deus, mas pretende fundá-las, ele próprio, a partir de sua razão e de sua vontade. Assim, o direito natural moderno será um direito 'subjetivo', criado ou definido pela razão humana (racionalismo jurídico) ou pela vontade humana (voluntarismo jurídico), e não mais um direito 'objeto', inscrito em qualquer ordem imanente ou transcendente do mundo".

a abolição dos privilégios e da hierarquia existente no Antigo Regime e afirma a igualdade entre os homens.[32]

Muito embora comumente se diga que o Iluminismo trouxe ao centro das preocupações o ser humano e sua racionalidade, esse processo acabou por divorciar o ser humano concreto do sujeito, dando relevo ao patrimônio, e não à dignidade da pessoa, pois permeado da carga ideológica liberal da época.

Nesse contexto, o sujeito, o indivíduo livre e senhor das coisas, cuja vontade deve ser respeitada pelo Estado, é o ente que se relaciona com outros sujeitos e com as coisas por meio do estabelecimento de relações jurídicas.[33] Tais relações são estabelecidas de acordo com a forma definida pelo direito, pois para ser inserido na realidade jurídica, o sujeito de direito "ganha" seu espaço existencial no bojo de uma relação jurídica, a ele sendo atribuído maior ou menor relevo de acordo com o seu enquadramento em determinadas circunstâncias (pólo ativo ou passivo na relação, interesses envolvidos, entre outros).[34]

Nessa perspectiva lógico-formal, para existir no mundo jurídico o ser humano deve ser enquadrado na categoria de sujeito de direito, tornando-se uma

---

[32]A liberdade e a igualdade, no entanto, são conceitos meramente formais na perspectiva da modernidade; nela a liberdade significa autonomia e liberdade diante do Estado. Também a igualdade assume caráter formal, na medida em que a abstração da pessoa faz com que todos sejam considerados iguais. "A superação da ordem tradicional faz construir a idéia de sujeito com as respectivas possíveis titularidades. Indivíduo e sujeito se equivalem. E, se são todos sujeitos, todos são iguais", leciona Eroulths Cortiano Jr. (op. cit., p.55).

[33]Embora a construção moderna entenda dessa forma, é interessante observar, com base nas lições de Oscar Correas, que essa idéia de liberdade é uma mitificação civilista que pode ser facilmente colocada por terra, ao se perguntar: por que o direito proíbe determinados atos e os considera ilegais? Por que seleciona outros e lhes atribui legalidade? A liberdade, em verdade, seria restrita e exercida somente dentro de um determinado espaço consentido pelo direito. Para o direito, liberdade significaria fazer ou deixar de fazer aquilo que o direito permite, da maneira pelo direito estabelecida, não mais.

[34]Pietro Perlingieri (**Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.115), explica que a relação jurídica é a ligação entre situações subjetivas, de modo que "O sujeito é somente um elemento externo à situação; é somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõem a relação jurídica".

engrenagem da relação jurídica ao assumir o papel de centro de imputação de deveres e obrigações. Veste-se com uma capa de sujeito de direito, construída abstrata e formalmente, ao mesmo tempo em que se despe da sua pessoalidade.

Essa orientação normativista do Direito reduz o sujeito, ao lado dos fatos e das coisas, a um simples elemento da relação jurídica,[35] que na definição dos manuais pode ser entendida como

> ...o vínculo que o direito estabelece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres (...). É conceito básico de direito privado, representando a situação jurídica de bilateralidade que se estabelece entre sujeitos, em posição de poder, e outros em correspondente posição de dever. Poderes e deveres estabelecidos pelo ordenamento jurídico para a tutela de um interesse...[36]

Ou ainda como ensina Carlos Alberto da Mota Pinto, que atribui duplo sentido à relação jurídica, amplo e restrito (ou técnico). Por sentido amplo entenda-se "toda relação da vida social relevante para o Direito" e em seu sentido técnico, "a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante atribuição a uma pessoa de um direito subjectivo e a imposição a outra pessoa de um dever jurídico ou de uma sujeição".[37]

De qualquer sorte, seja qual for o sentido em que se tome a relação jurídica, ela não deixa de constituir uma estrutura abstrata, simplificada e estática, que não corresponde às relações da vida real, notadamente complexas e dinâmicas. A relação

---

[35]Orlando de Carvalho (**A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981. p.32), ao enfrentar a questão da identificação do Direito Civil com o poder de autodeterminação do indivíduo, cuja noção-chave é a de direitos subjetivos, e afirmar que um Direito Civil desconectado da pessoa é um direito sem sentido, assim se pronuncia: "Estas observações parecem-nos necessárias em face da tendência, hoje consagrada entre nós pelo Código Civil de 1966, para encara o sistema do direito civil de uma perspectiva que não só arranca do direito-prescrição ou comando como reduz a pessoa – a pessoa do homem – ao mero nível, tal como as coisas e os factos, dos elementos (externos) de uma pura e simples abstração: a relação jurídica *tout court*."

[36]AMARAL, op. cit., p.159.

[37]MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1992. p.167.

definida no modelo tradicional, formalista, comporta os sujeitos e demais elementos[38] necessários a externar relações predeterminadas, nas quais não há espaço para que situações diversas daquilo que o Direito tem capacidade de antever possam vir a lume.

As demais circunstâncias, que transbordam da moldura definida, tendem a ser excluídas, impelidas para a periferia do Direito, como se não fizessem parte da vida lida pela ótica do Código[39]. Daí a sua impotência em relação ao acolhimento das novas demandas surgidas da complexidade das situações existenciais concretas.[40]

Afirma-se, assim, a premissa sobre a qual se edificou a construção moderna do sujeito de direito que é, em última análise, o sujeito compreendido como aquela figura apta a fazer parte de uma relação jurídica que, via de regra, tem repercussão patrimonial.[41] E, para tanto, além da autonomia que o permite ingressar e transitar nas relações, o faz em nível de igualdade com os demais. A construção dessa categoria

---

[38]Carlos Alberto da Mota Pinto (op. cit., p.168) desenha a estrutura da relação jurídica definindo como seus elementos o sujeito, o objeto, o fato jurídico e a garantia, atribuindo, no entanto, o seu cerne, ao vínculo existente entre os sujeitos. Francisco Amaral (op. cit., p.171) define o elemento subjetivo (sujeito), o elemento objetivo (objeto) unidos por um vínculo instersubjetivo que traduz o conjunto de poderes e deveres atribuídos aos sujeitos.

[39]No texto "A cidade nuclear e o direito periférico", Luiz Edson Fachin (**Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.723, p.107-110, jan. 1996), ao comparar o processo de exclusão ocorrido nas cidades, onde o centro relega à periferia a realidade que não lhe interessa, constrói uma interessante analogia entre tal realidade e o Direito: "Essa injusta e discriminatória conformação em boa medida se reflete na concepção clássica do sistema jurídico, que coloca em posto essencial um conjunto de valores que se dispõe a tutelar e que lega à 'periferia' do ordenamento situações reputadas periféricas." (p.108).

[40]"A relação jurídica exprime menos um meio técnico para desenhar uma exposição e mais uma ordenação conceitual para dar conta de um modo de ver a vida e sua circustância. Sob suas vestes está menos o direito em movimento, coletivamente considerado, e mais um direito que se afirma no confronto e na negação do outro." (FACHIN, **Teoria crítica**..., p.30).

[41]Orlando de Carvalho (op. cit., p.33-34), assinala que "...o *homo juridicus* do Código de Napoleão era, não tanto o homem abstracto dos enciclopedistas, quanto o burguês já devorado pelas suas possessões de MARCEL, o burguês sedentário e proprietário, um homem que resume todos os seus direitos a possuir e a saber como possuir (para si e para os seus, pois o sentido da família anda no rasto da sedentarização sócio-econômica; mas ainda aqui prevalece o modelo de *pater-familias*, com manifesta subalternização da mulher e dos filhos)".

jurídica, pois, assentou-se na idéia de que o sujeito de direito equivale ao sujeito livre e capaz de adquirir patrimônio: um sujeito proprietário, um "ser" livre com aptidão para "ter" aquilo que desejar.

Essas são algumas das dificuldades de um sistema calcado na formalidade que se revela na idéia de relação jurídica, e que, na lição de Carlos Alberto da Mota Pinto[42], não pode deixar de atentar para o direito que subjaz à forma, pois o fim último do Direito Civil é a tutela do ser humano.

Contrariamente, porém, o Direito coloca numa camisa-de-força a existência da pessoa sujeitando-a a determinadas contingências. Ocorre, assim, a sujeição do sujeito, numa lógica de exclusão e subordinação a um estatuto cujo acesso é franqueado apenas àqueles que podem estabelecer relações de circulação e pertença, por meio dos contratos e do patrimônio.

Ao refletir o modelo que impera nas relações econômicas e sociais, o sistema jurídico do Código Civil, de índole fundamentalmente patrimonialista, apresenta-se como um sistema de exclusão que se opera em relação a pessoas ou situações cujo ingresso no mundo das titularidades de direitos e deveres é negado. São colocadas à margem do sistema jurídico por não se enquadrarem naquilo que o Direito reconhece como sujeito de direito ou como realidade passível de ingressar no mundo jurídico.

E nesse enlace entre a abstração do sujeito e a ideologia que enaltece a aptidão para adquirir patrimônio "inerente" à condição de sujeito é que se percebe que as formas de apropriação dos bens, as titularidades, são destinadas a um sujeito especificamente formatado pelo Direito, pois não é a pessoa, o ser real e concreto

[42]Na obra Teoria Geral do Direito Civil (p.23), o autor alerta sobre a necessidade de que não nos esqueçamos que, por trás da formalidade própria de um sistema assentado na relação jurídica, o Direito Civil encontra seu escopo principal na tutela da personalidade do indivíduo humano.

que está no centro das preocupações modernas, mas o sujeito patrimonializado, egoisticamente individualizado.[43]

A contemporaneidade clama pelo abandono das concepções abstratas, genéricas e supostamente neutras (embora se possa dizer que mesmo a neutralidade acaba por ser uma opção nada desideologizada em determinado momento histórico), em direção a uma compreensão do direito como um sistema poroso, que busca seu fundamento em determinados valores, ancorados em princípios constitucionais, como leciona Luiz Edson Fachin:

> Nos dias correntes, a relação jurídica está passando por uma transformação significativa, a partir de uma nova formulação, que deixa o cunho da abstração e da generalidade de lado e que leva sempre em conta a situação concreta do sujeito e do objeto da relação jurídica. É por isso que a palavra "coisa", objeto de uma relação jurídica, cede lugar à definição mais ampla que, a seu turno, se liga ao interesse, inclusive dos não sujeitos nos moldes tradicionais.[44]

A partir de uma nova concepção de sujeito e, por conseguinte, da própria relação jurídica, a tradição de que os instrumentos no direito privado em regra obedecem aos interesses do sujeito individual (contratos, testamento, entre outros) e da sua relação com seu patrimônio vai se modificando. O contrato, por exemplo, não é mais celebrado entre sujeitos dotados de uma igualdade formal, que na maioria das vezes é pura ficção, de modo que a manifestação de vontade, teoricamente livre, deixa de ser a única fonte do negócio jurídico para dar lugar a normas de ordem pública que protegem os contratantes e tem por objetivo promover a igualdade material.

---

[43]Nas palavras de Ricardo Luiz Lorenzetti (**Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998. p.83): "Em uma sociedade de massa, a atuação do indivíduo não é indiferente ao que respeita os demais indivíduos e aos bens públicos. A consciência desta inter-relação nos obriga a enfocar o problema do direito privado de outra forma."

[44]FACHIN, **Teoria crítica**..., p.93-94.

O direito privado volta sua atenção para um novo tipo de sujeito, que inclusive assume formas coletivas[45], para novas formas de apropriação dos bens, para novas formas de inclusão de situações que até então haviam sido destinadas à periferia de sua existência.

O sujeito de direito deixa de ser o sujeito abstrato da relação jurídica, que não guarda qualquer vinculação com a realidade, e passa a ser situado, recolocado, no centro da organização da sociedade. Os bens deixam de ser atributo exclusivo do indivíduo para adquirir novo *status*, tornando-se objeto de interesse de uma coletividade, como é o meio ambiente, por exemplo; ou ainda pelo reconhecimento da repercussão coletiva das relações de consumo, numa perspectiva de desconstrução do pensamento individualista e de edificação de uma intersubjetividade que reduza a distância entre a concepção tradicional do sujeito de direito e a compreensão do seu real significado para o direito contemporâneo.[46]

Ao cabo desse percurso entre a construção do sujeito de direito na modernidade e essa nova visão que se abre para o Direito Civil, partimos da constatação de que o

---

[45]Há algum tempo fala-se em novos direitos, de modo que se abre um parêntese para uma necessária observação, utilizando-se a lição de Antonio Carlos Wolkmer (WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os "novos" direitos no Brasil - natureza e perspectivas**: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p.3), que explica que os impasses do paradigma da ciência jurídica tradicional, individualista, e a crise que esta concepção atravessa, que evidencia a insuficiência do jusnaturalismo e do positivismo, provocam o surgimento de novas expressões da juridicidade, mais complexas, com a emergência de novos atores sociais, portadores de novas necessidades, exigências da sociedade em razão das novas condições que emergem da vida cotidiana e que desafiam a dogmática tradicional: "Esses 'novos' direitos que se desvinculam de uma especificidade absoluta e estanque assumem caráter relativo, difuso e metaindividual. Trata-se de uma verdadeira revolução inserida na combalida e nem sempre atualizada dogmática jurídica clássica". A natureza de tais direitos, portanto, requer também sujeitos diferenciados, numa dimensão concreta, que admite a existência de direitos coletivos, ocasionando uma ruptura com o paradigma individualista da modernidade.

[46]"A idéia de sujeito, precisamente na medida em que ela não se reduz à de indivíduo, mas, ao contrário, implica uma transcendência, uma ultrapassagem da individualidade, encerra em si a intersubjetividade e, assim, a comunicação em torno de uma esfera comum de princípios e de valores. E é, sem dúvida, mediante essa articulação intrínseca entre subjetividade e intersubjetividade que se trata de repensar o sujeito de hoje." (RENAUT, op. cit., p.90).

indivíduo imaginado pelo direito dos modernos não corresponde à pessoa dotada de existência real, portadora de desejos e necessidades, que transita pela contemporaneidade, para concluir que se faz premente colocar em destaque o cidadão concreto, num caminho que se estende pela "travessia do indivíduo ao sujeito e do sujeito à cidadania".[47]

[47]O que se propõe é que a importância da pessoa seja reconhecida numa dimensão de cidadania: "O conceito de cidadania é o continente que abriga essa dimensão fortificada da pessoa no plano de seus valores e direitos fundamentais. Não mais, porém, como um sujeito de direitos virtuais, abstratos, atomizados para servir mais à noção de objeto ou mercadoria." (FACHIN, Luiz Edson. Terra, direito e justiça: do Código patrimonial à cidadania contemporânea. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n.24, p.201-208, 1994. p.208).

CAPÍTULO 3

PROPRIEDADE: PERCURSO HISTÓRICO E TRAVESSIA DA MODERNIDADE À CONTEMPORANEIDADE

A noção de sujeito da modernidade foi construída com base na necessidade de circulação da mercadoria e de apropriação de riquezas, de modo que a concepção de propriedade nesse mesmo período histórico deve ser necessariamente compreendida, para que se possa entender qual o ponto de interseção entre tais institutos próprios do direito privado.

Nesse compasso de construção da noção do sujeito de direito, o direito de propriedade passa a constituir-se como um direito subjetivo, na medida em que todo direito deve ter como fim o próprio sujeito, eis que este se afirma como o núcleo irradiador de deveres e direitos na modernidade.

A história demonstra que a construção da idéia de propriedade na modernidade é, em verdade, uma construção bastante recente, fruto de um determinado contexto, em que uma classe, a burguesia, pretende consolidar suas conquistas políticas, o que marcará de forma indelével a sociedade e o Direito.

A noção de propriedade clássica, com a qual tradicionalmente nos deparamos nos estudos do direito privado, herança do Direito Civil contido nas codificações oitocentistas e cuja caminhada ora empreendida se orienta no sentido de redesenhar o seu conteúdo, deve ser apreendida a partir da posição que ocupa historicamente.

Cumpre examinar, nesse diapasão, as várias maneiras pelas quais a pessoa relaciona-se com as coisas em determinados momentos da sua existência, identificando nesse percurso as diversas formas de apropriação. Nesse passo, chega-se à conclusão de que a propriedade moderna, com sua aura de absolutização, nada mais é que uma construção pertencente a determinada época, e fruto de um determinado contexto econômico e social, e que logo se torna hegemônico em razão da situação privilegiada do mundo europeu que consagrou o individualismo antropocêntrico ao adotar um

modelo que privilegiou uma única entre as diversas formas com que o homem entendia possível apropriar-se das coisas.[48]

Esse padrão universal adotado a partir da modernidade, além de representar a forma como o indivíduo torna-se senhor de suas coisas, também funciona como um regime de exclusão, vale dizer, se algo é propriedade de um sujeito, logo, sobre ele ninguém mais poderá exercer igual direito de propriedade.

A análise da propriedade principia e se volta ao Direito Romano, no qual são calcadas as raízes da sua concepção, a fim de evidenciar o distanciamento da noção de propriedade nesse período com a idéia desenvolvida pelo direito moderno.

Em que pese a corrente historicista[49] insistir em aproximá-los, ao afirmar que a idéia dos poderes inerentes ao domínio – uso, gozo, disposição – são produtos dessa inspiração, nada é mais distinto do que a idéia de propriedade do Direito Romano do que a propriedade do direito moderno.

---

[48]Cabe observar que os períodos da história segundo os quais orientamos nosso conhecimento parte de um ponto de vista eurocêntrico que desconhece outros critérios para a leitura da história. Em perspectiva diversa Enrique Dussel propõe um outro critério, no qual identifica três sistemas inter-regionais (Egípicio-mesopotâmico, Indo-europeu e Asiático-afro mediterrâneo) e um sistema-mundo criado a partir de 1492, afirmando que "Esta maneira de interpretar a história prepara-nos para uma compreensão do fenômeno da 'modernidade' desde outro horizonte histórico, que permite com plena consciência criticar a periodização ideológica da história em História Antiga, Medieval e Moderna, que é ingenuamente helenocêntrica e eurocêntrica." (DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000. p.25).

[49]O historicismo, em verdade, consiste no retorno ao passado a fim de se buscar a justificativa para construções teóricas. Nas palavras de Ricardo Marcelo Fonseca (A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. **Revista Gênesis de Direito Processual Civil**, Curitiba, v.17, p.570-585, 2000): "O direito atual é como que naturalizado pela história, passando a ser legitimado pela própria tradição, que de modo mais poderoso que qualquer outra racionalidade que se possa construir, demonstra como o direito de hoje somente poderia ser assim, e não de outra forma. Isto é: baseado numa noção de progresso que lhe serve de substrato, a história do direito seria capaz de demonstrar como o evolver da dogmática e das leis no tempo culminou naquele que seria o direito mais evoluído, mais racional, mais moderno e mais científico e que, por tudo isto, seria também aquele que está mais isento de quaisquer críticas: o direito atual. Em suma, este discurso histórico do direito (que aqui eu chamaria de historicismo jurídico) acaba desempenhando a função de justificar e legitimar o direito de hoje, contribuindo, em certa medida, para imunizá-lo de críticas em prol de uma suposta 'tradição histórica'." A construção da noção de propriedade na modernidade não fugiu a essa lógica.

Na sociedade romana, estruturada a partir da família e tendo como base produtiva a propriedade fundiária, apenas aos cidadãos era franqueado o acesso à propriedade. Não lhes bastava a condição de liberdade: deveriam possuir um *status* dentro da sociedade, que correspondia ao *status libertatis* (condição de liberdade) e também um *status civitatis* (condição de cidadão romano), bem como a condição de *pater familias*[50].

Ao apresentar todos esses elementos, que lhe davam a condição de *sui iuris*, o cidadão romano poderia então se tornar proprietário. No entanto, a forma com que ele se apropriava dos bens em nada se assemelhava ao direito de propriedade moderno, principalmente porque a idéia de unificação da propriedade sob um conceito excludente de outras realidades proprietárias é própria da modernidade.[51]

---

[50]Sobre as condições pessoais e sociais necessárias a demonstrar a aptidão para adquirir propriedade, Henrique da Silva Seixas Meireles (Marx e o direito civil: para a crítica histórica do "paradigma civilístico". Separata do **Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra, 1990. v.35. p.118-119) esclarece: "A condição daquele que é cidadão denomina-se *status civitatis*. Mas diz Álvaro D'Ors que essa 'personalidade jurídica', com este conteúdo, tem de ser pensada em estreita relação com a estrutura familiar e a sucessão hereditária, já que o sujeito de direito só é *persona* enquanto representante de uma família. Chama-se *status familiae* à condição do indivíduo membro da família romana concebida, desde Bonfante, como um organismo natural e político. Aquele que detém o *status familiae* é o *pater famílias*, quer dizer, aquele que é o senhor da *família proprio iure*. Assim, o *ius personarum* assenta fundamentalmente na diferença entre homens livres e escravos (G.I,9). Mas do ponto de vista do *status familiae* as *personae* podem ser 'vistas' como *sui iuris* ou *alieni iuris*. Isto significa, que enquanto a pessoa *sui iuris* não está submetida à *patria potesta*s, as pessoas submetidas à soberania do *pater* denominam-se *personae alieni iuris*: os *filii familias* e, noutro contexto, a *uxor* e as *filiae familias* (estas últimas sujeitas à *potestas maritalis*), e os *servi* mais propriamente sujeitos à *domenica potestas* ou simplesmente à *potestas* e todas, em conjunto, submetidas a um poder compósito denominado *mancipium* cujo titular é, evidentemente, o *pater familias".*

[51]Henrique da Silva Seixas (op. cit., p.166), remete à lição de Orlando de Carvalho (Direitos Reais, policopiado), a fim de resumir a questão acerca de como os regimes proprietários existentes na sociedade romana foram utilizados pela burguesia: "O esquema romano da proprietas com as características que vêm do *dominium ex iure quiritium* (direito absoluto, perpétuo e infrangível) mas já liberto do seu peso originário de coacção (de submissão ao poder físico do *dominus* à sua *dominica potestas*) quando se define pelo mero vínculo de pertinência na *proprietas bonorum* dos fins da República, em atenção à vida dos negócios – esquema pois já rarificado e abstractizado que o direito justinianeu seguidamente unifica e que os comentadores, na Idade Média, consideram como *facultas perfectae disponendi* – convinha excelentemente à burguesia em ascensão pelo que se não curou senão recebê-lo *sic et simpliciter*."

Embora no Direito Romano seja possível identificar uma grande preocupação com o conteúdo da propriedade, não chegou a ser elaborada uma conceituação do instituto, e muito menos uma definição que se pretendesse única, pois os regimes proprietários eram distintos e os institutos eram considerados diversamente, de acordo com suas peculiaridades, como a forma de apropriação, a pessoa que detinha determinado bem, ou ainda, de acordo com o bem apropriado.

Conviviam, portanto, de um lado, a propriedade consubstanciada no patrimônio da família, denominada de *res mancipium* ou *dominium ex jure quiritium*, a propriedade quiritária, e que só poderia estar sob a titularidade dos cidadãos romanos, e de outro lado a *res nec mancipium*, que recaía sobre bens que podiam estar nas mãos dos *alieni iuris. C*ada qual possuía seu regime jurídico próprio.[52]

A propriedade romana não era, pois, um direito, no sentido assumido pela modernidade de direito subjetivo, mas uma espécie de privilégio que só poderia ser gozado por quem possuísse determinados atributos. Outrossim, a partir do período da República, em razão do crescimento das relações de comércio e o surgimento de novas formas de organização da sociedade, outros institutos são criados, como a

---

[52]Nesse ponto, a título de esclarecimento, Maria Cristina Cereser Pezzella (**Propriedade privada no direito romano**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.184) explica que "O poder do *pater familias* recaia sobre pessoas e bens gerando para cada situação, relações específicas: quando era a referente à casa (*domus*), dava origem ao *dominium*; quando recaia sobre os escravos, dava lugar ao *mancipium*; quando recaia sobre a mulher, o poder marital chamava-se *manus*; finalmente, quando recaia sobre os filhos, ocorria a *patria potestas* até que fosse feita a *mancipatio*". Mais tarde, a partir do período da República romana, a expressão *dominium* passa a expressar a relação da pessoa com a coisa, e coexistem vários tipos, dos quais dois são fundamentais: "a) o *dominium ex iure Quiritium*: era a propriedade característica do ius civile, de pleno direito, que sucedeu diretamente e incorporou as *res mancipi* e *res nec mancipi* no século I a.C., mantendo suas exigências formais, tais como ser exclusiva aos cidadãos romanos e exigir a *mancipatio* para transmissão da *res mancipi*; b) a propriedade bonitária: era a propriedade originada do direito pretoriano para resolver novas situações criadas principalmente pelo comércio, onde o magistrado reconhecia, a partir da posse de uma *res mancipi* adquirida por causa idônea porém sem atender os requisitos formais da *mancipatio* e não se enquadrando, portanto, nas exigências do *dominium ex iure Quiritium*..." (PEZZELLA, op. cit., p.193).

propriedade provincial e a propriedade peregrina, que devido à sua menor formalidade, progressivamente tornam-se acessíveis ao servo e ao estrangeiro.[53]

Desse modo, é correto afirmar que o direito de propriedade no Direito Romano não guarda relação direta com a sua compreensão moderna, pois ao contrário desta, identifica-se em seu corpo a pluralidade de formas de apropriação, embora a classe burguesa tenha se valido de uma interpretação extremamente favorável do conteúdo da propriedade romana a fim de demonstrar a localização e origem de sua concepção de propriedade unitária.[54]

Esses contornos plurais dos modos de apropriação serão determinantes para o estabelecimento dos vínculos feudais, nos quais várias formas jurídicas de apropriação de bens conviviam e o domínio da propriedade da terra estava intimamente ligado

---

[53]Transcreve-se trecho da obra de Henrique da Silva Seixas Meirelles (op. cit., p.169), que ilustra tal afirmação: "Na linguagem de G. della Volpe, podemos dizer que das determinações que constituem o conteúdo dogmático das formas de propriedade, típicas do modo de produção antigo, aquelas que reflectem o processo das trocas – e portanto que representam o predomínio 'relativo' das categorias da circulação no trabalho sistemático da jurisprudência romana – vão, a partir dos fins da República e sobretudo desde o início do Principado, dominar e até 'substituir' – ao nível das formas – o modelo 'tradicional' de propriedade. Isso torna-se claro, de princípio, com o aparecimento do *dominium* e depois com a sua 'coexistência', enquanto forma, com a *bonitaria proprietas*, representando, como se sabe, o *dominium ex iure quiritium* a antiga estrutura das relações de produção e exprimindo a propriedade bonitária a progressiva abstractização e economicização das formas jurídicas tradicionais do *ius civile*."

[54]A famosa definição do conteúdo do direito de propriedade (usar, fruir e abusar) foi uma invenção dos modernos, inexistente nos textos romanos. Sabe-se também que não há nas fontes uma definição do domínio, e que não é romana a definição da propriedade como *ius utendi et abutendi*. Wieacker esclarece que o que foi recebido como matriz da propriedade pelo feudalismo, e posteriormente, na modernidade "não foi o direito romano clássico (então desconhecido na sua forma original); também não o direito histórico justinianeu como tal, mas o *jus commune* europeu, que os glosadores e sobretudo os conciliadores tinham formado com base no *Corpus Juris* justinianeu, mas com a assimilação científica dos estatutos, costumes e usos comerciais do seu tempo, sobretudo da Itália do Norte" (**História do direito privado moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980. p.139). Confirma esse entendimento Paulo Grossi (**La propiedad y las propiedades**. Madrid: Civitas, 1992. p.33-34) *"De estos cimientos especulativos nace aquella visión individualista y potestativa de propiedad que hemos acostumado llamar de 'propiedad moderna', un producto histórico que, por haver devenido estandarte y conquista de una clase intelingentíssima, ha sido inteligentemente camuflado como una verdadeira redescubierta y que cuando los juristas, tardíamente, con los análisis revolucionarios y post revolucionarios, en Francia, con los pandectísticos en Alemania, traducen, con el auxilio de instrumental técnico romano, las intuiciones filosófico-políticas en reglas de derecho y las sistematizan, de respetable consideración teórica se há deformado en concepto y valor"*.

ao poder político. Estes vínculos feudais, por sua vez, não se restringiam a questões de caráter meramente econômico, pois o senhor feudal era detentor de poderes que se estendiam sobre rendas, produção, serviços, e demais elementos das relações estabelecidas, nas quais a terra configurava um de seus elementos, o elemento material.[55]

No sistema feudal, o que existia era uma diversidade de usos sobre o mesmo bem exercido por diferentes pessoas, e o vínculo entre a coisa e a pessoa correspondia à utilidade da coisa e não por uma abstração ou projeção da vontade individual traduzida para o direito na modernidade.

Tal sistema estruturava-se da seguinte forma: vários senhores dividiam o domínio da terra, que lhes era outorgada pelo poder real, numa linha que vinculava suseranos e vassalos, sem que qualquer deles detivesse, de maneira exclusiva, a propriedade daquela terra.[56]

Nesse compasso, Eroulths Cortiano Júnior identifica quatro características que marcaram a sociedade feudal:

> o desenvolvimento dos laços de dependência de homem para homem, o parcelamento máximo do direito de propriedade, a hierarquia dos direitos sobre a terra e o parcelamento do poder público com hierarquias regionais de instâncias autônomas.[57]

---

[55]Como explica Eroulths Cortiano Júnior (op. cit., p.24), "A ordem feudal firma-se, então, na concessão de terra para que o vassalo dali tirasse seu sustento, devendo prestar serviços – inclusive militares – ao senhor. Daí falar-se em parcelamento da propriedade: surgiam direitos do senhor e do vassalo sobre o solo, como surgiam obrigações pessoais entre eles. Por conseqüência do parcelamento da propriedade, surge uma hierarquia dos direitos sobre a terra, que corresponde à hierarquia dos laços de dependência pessoal. A terra vai configurar-se como o elemento real nas relações pessoais feudo-vassálicas."

[56]A terra é um bem de produção e a propriedade dela nada ou pouco tem a ver com a propriedade dos bens de consumo pessoal. Para forjar um conceito unitário de propriedade será preciso ignorar esta diferença fundamental. Desta forma, a propriedade, entendida no seu complexo de poder sobre algumas coisas (a terra) e respectivas faculdades ou poderes de exploração e direção (recebimento de atributos e exercício de jurisdição), não é um direito natural, mas um privilégio (LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000. p.403).

[57]CORTIANO JR., op. cit., p.22.

O modo de produção feudal, portanto, compreendia a convivência de várias possibilidades de apropriação de bens, admitindo-se, por exemplo, que o vassalo possuísse terras além daquelas concedidas pelo seu senhor. Tanto é assim que parece mais correto referir-se não à propriedade medieval, mas às propriedades medievais. A esse respeito Paolo Grossi leciona:

> *La propiedad medieval es una entidad tan compleja y compuesta que aparece incluso indebido su uso en singular: tantos poderes autônomos e inmediatos sobre la cosa, diversos en cualidad según las dimensiones de la cosa que los han provocado y legitimiado, cada uno de los cuales encarna un contenido propietario, un dominio (el útil y el directo), y cuyo has conjunto reunido por la casualidad en un solo sujeto pude hacer de él el titular de la propiedad sobre la cosa.*[58]

Cabe esclarecer que essa forma de organização social e econômica prestava-se com sucesso a assegurar a estabilidade das relações patrimoniais, o que contrariava sobremaneira os interesses da burguesia mercantil e capitalista emergente. A insurgência da burguesia contra o engessamento das relações patrimoniais que perenizava a hierarquia da sociedade feudal será influência decisiva no Direito Civil codificado nascente nesse contexto.

Partindo de um discurso que prega a abolição de privilégios feudais, uma vez que o acesso à propriedade acabava se dando pelas mãos do monarca, a burguesia revolucionária, uma vez no poder, dedica-se à abolição desses direitos plurais que envolvem a questão proprietária, para reconhecê-la como um atributo do sujeito, nas mãos do qual enfeixará todos os poderes inerentes ao direito de propriedade: uso, gozo, disposição. A propriedade acaba por se transformar em muito menos que uma síntese do que era considerada no sistema feudal.

---

[58]GROSSI, **La propiedad**..., p.108.

Para tanto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 eleva a propriedade à mesma categoria que a liberdade, sendo considerada um direito natural e imprescritível do homem[59], do qual ninguém seria privado, exceto por necessidade pública, desde que legalmente reconhecida e mediante indenização.

É um direito que se encontra na esfera privada e deve ser protegido contra a ação do Estado, daí a previsão de possibilidade de retirada da esfera privada somente em caso de necessidade pública reconhecida por lei (e não pelo poder discricionário do Estado) e mediante indenização (forma de reconhecer a propriedade e proteger o patrimônio de quem fosse dela privado).

A burguesia apropria-se de atributos da propriedade quiritária do Direito Romano (*proprietas*), e constrói uma noção de direito exclusivo, absoluto, perpétuo, a partir de uma mudança de conteúdo desse direito. Se a *proprietas* é qualidade da coisa, a propriedade moderna irá externar uma qualidade do sujeito: sobre os seus bens o proprietário exerce um direito subjetivo. O direito de propriedade passa a ser um atributo do sujeito, da pessoa do proprietário.

---

[59]Transcreve-se o preâmbulo da Declaração, bem como os artigos que fazem referência à propriedade como um direito sagrado: "Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolveram expor, em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente presente junto a todos os membros do corpo social, lembre-lhes permanentemente seus direitos e deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e do poder executivo, podendo ser, a todo instante, comparados ao objetivo de qualquer instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, estejam sempre voltadas para a preservação da Constituição e para a felicidade geral. Em razão disso, a Assembléia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão:

(...)

Art. 2.º - A finalidade de toda associação política é a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

(...)

Art. 17.º - Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização

(...)".

Nessa perspectiva, recorremos ao ensinamento de Paolo Grossi[60], ao responder às seguintes questões: onde está o moderno da propriedade? Quando podemos perceber o começo de uma propriedade moderna? Ele responde:

> *El secreto de lo nuevo está todo aqui. Cuanto el ordenamiento medieval (...) habia intentado construir un sistema objetivo de la propiedad, construyéndola desde las cosas y sobre las cosas, reproductor fiel de la trama compleja de las cosas, tanto el orden naciente de la edad nueva se mueve en dirección opuesta, todo él tendente a sacar las figuras jurídicas del eje de lo real en una búsqueda de autonomia.*

Dentro desse processo de autonomização, *"la nueva propiedad (...) asumirá también la sustancia de una ordenación organizativa de la vida cotidiana"*.[61]

Inegável, pois, que o sistema em que estamos inseridos é fundamentalmente marcado pela economia de mercado, o que nos permite afirmar que, em tal sistema, eminentemente patrimonial, "a propriedade deixa de ser um direito da pessoa para se transformar no princípio de organização da sociedade marcada agora pelo signo do econômico".[62]

A modernidade trouxe para a propriedade as características pelas quais costumamos compreendê-la: a simplicidade e a abstração. É simples porque, considerada de uma forma única, é um conceito dentro do qual muitas realidades devem ajustar-se sob um único signo. É abstrata porque dela se retira sua realidade concreta de modo que a sua representação se dá por meio de um título, de um documento escrito, não importando a situação fática. É precisamente a abstração que possibilita o ingresso da propriedade imobiliária como um bem passível de circulação na economia de mercado.

---

[60]GROSSI, **La propiedad**..., p.103.

[61]GROSSI, **La propiedad**..., p.105.

[62]CORTIANO JR., op. cit., p.9.

Em passagem que resume de modo bastante claro e didático o papel da abstração, Eroulths Cortiano Jr. ensina:

> Há, na conceituação da propriedade moderna, uma fuga do real em direção ao abstrato, mesmo porque para o Estado de direito liberal, a lei deverá ser abstrata e geral. A abstração justifica-se também porque, centrada no sujeito, a nova ordem deve deixar a ele o papel de efetivar e exercitar os poderes que lhes são garantidos pela lei. Ademais, sendo os sujeitos únicos e iguais, o modelo proprietário deverá ser único e universal. Assim, na ordem jurídica liberal-individualista, tudo é neutro: o sujeito, a propriedade e a própria ordem jurídica.[63]

A concepção moderna da propriedade é assim justificada pelo momento histórico em que foi desenvolvida: a necessidade de superação da estrutura feudal, marcada pelos laços de dependência entre os vassalos e senhores feudais e, principalmente, pela fragmentação do direito de propriedade, o que repercutia diretamente na pulverização do poder político.

E como uma forma de garantir a segurança e estabilidade do sistema, necessário transformá-lo, inaugurando uma concepção de direito de propriedade que colocasse fim à possibilidade de múltiplos titulares sobre uma mesma propriedade, concentrando a totalidade dos poderes proprietários nas mãos de apenas uma pessoa, assumindo assim um caráter exclusivista e preponderantemente individualista.

Com efeito, não foi somente do ponto de vista da propriedade imobiliária que se operou tal transformação, mas a forma de apropriação de todos os bens, móveis inclusive, passou a obedecer a lógica idêntica, ou seja, tudo passa a fazer parte do que é conhecido como direito subjetivo de propriedade, que se torna o modelo de todos os direitos subjetivos.

---

[63]CORTIANO JR., op. cit., p.113.

Por força disso, ser proprietário significa ser titular exclusivo de todos os poderes ou faculdades decorrentes da propriedade, conforme consagra o Código Napoleônico de 1804 e que se consolida com a Escola Pandectista.[64]

Como explica Laura Beck Varela,

> O grau máximo de abstração alcançado na formulação do direito subjetivo vem reforçar a concepção unitária de propriedade, uma vez que quaisquer variações são tomadas como meros acidentes, incapazes de incidir na estrutura teórica e conceitual da categoria.[65]

Assim, nasce a propriedade absoluta, atemporal, generalizada e unificada sob o protótipo de direito subjetivo, cujo conteúdo se expande em uma infinidade de possibilidades materiais e jurídicas, sem que em princípio nada impeça o aproveitamento privativo dos poderes que lhes são inerentes.

Até então, é pertinente afirmar que a propriedade não constituía, portanto, um bem livre, passível de circulação e apropriação pelo mercado, e mais ainda, acumulação.

Nesse ponto, cabe retomar sucintamente a perspectiva de John Locke, a quem se confere a qualidade de ter sido o grande pensador da propriedade contemporânea[66]. A Locke atribui-se a fundação das bases teóricas da propriedade

---

[64]VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p.746). "A definição do Code, contudo, em sua adesão ao novo modelo político e filosófico, não consegue apagar, como já referimos, a antiga mentalidade, que permanece na preeminência dada à propriedade imóvel, e nas referências à divisão do domínio, ao poder de gozar e dispor mencionados no citado dispositivo. Este princípio da divisão de um domínio que se diz absoluto, elemento da tradição anterior, remete a uma noção composta de propriedade, a uma indistinção qualitativa entre propriedade e direito reais – que, para a doutrina pandectística, seria inaceitável (...) É a pandectística que, de fato, substitui a cultura jurídica anterior e, no caso do direito de propriedade, assenta bases definitivas para sua total abstração, abstrakte Eigentum, capacidade ilimitada de tolerar os conteúdos mais variados – pedra filosofal da 'civiltá capitalista' de Grossi."

[65]VARELA, op. cit., p.747.

[66]Carlos F. Marés (**A função social da terra**. Porto Alegre, Sergio Fabris, 2003. p.25-26) observa que "Locke inicia sua reflexão afirmando que a única propriedade legítima é a produzida pelo trabalho e somente pode se acumular até a quantidade corruptível. Se o bem não é corruptível é infinitamente acumulável, mas como se junta tantos bens? Com a possibilidade de pagar pelo trabalho alheio, já que o trabalho produz propriedade. Esta elaboração teórica e moral se encaixava como uma luva para o pensamento burguês e suas necessidades de acumulação de capital."

burguesa e absoluta, pois até então a propriedade era considerada como utilidade e não como um direito subjetivo. Locke entende que o fundamento da propriedade é o trabalho humano e que o poder sobre as coisas se exerce agregando algo de si, vale dizer, o trabalho, na medida daquilo que possa ser utilizado pelo homem.[67]

A transição entre o estado de natureza e a formação da sociedade civil faz com que as pessoas se descubram como sujeitos individuais isolados, livres e iguais, que se unem por razões individualistas, entre elas, e principalmente, a proteção da propriedade. Embora Locke tenha afirmado que a propriedade da terra estava ligada ao uso, à produção, o capitalismo acabou por transformá-la em bem jurídico passível de troca e, portanto, uma reprodutora do capital.[68]

A crise das estruturas feudais permite o fortalecimento das monarquias absolutistas, com a unificação do poder e dos territórios, fatores importantes para o surgimento do Estado liberal e dos ideais advindos da Revolução Francesa, de liberdade, igualdade e fraternidade. Nesse contexto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 conceituou a propriedade como direito inviolável e

---

[67]"Assim, eu acho que é muito fácil conceber sem qualquer dificuldade como o trabalho pôde constituir, no início, a origem de um título de propriedade sobre os bens comuns da natureza, e como o uso que se fazia dele lhe servia de limite. Então, não podia existir qualquer motivo para se disputar um título, nem qualquer dúvida a respeito da dimensão da posse que ele autorizava. O direito e a conveniência andavam juntos. Como cada homem tinha o direito a tudo em que podia aplicar o seu trabalho, não tinha a tentação de trabalhar mais do que pudesse para usar. (...) A parte que cada um talhava para si era facilmente reconhecível: era tão inútil quanto desonesto talhar uma parte grande demais ou tomar mais do que o necessário." (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, 2001. p.107).

[68]"Voltaire diz que a propriedade é liberdade. Exatamente essa era a contradição da terra, a propriedade feudal, relativa e ligada a servos não-proprietários se contrapunha a outra propriedade nascente, de homens livres, que livremente contratavam sua força de trabalho, para proprietários absolutos, que determinavam o quê, como e quando plantar. A terra estava deixando de ser a fonte de todos os bens de consumo da família do servo e do nobre, para passar a ser a produtora de mercadorias que deveriam render lucros aos capitais investidos na produção. A lógica da propriedade da terra estava sendo profundamente alterada: de produtora de bens de consumo imediato para quem a trabalhava, a produtora de bens que pudessem ser transformados na nascente indústria, que disso faria não bens consumíveis ou incorruptíveis, mas capital infinitamente acumulável." (MARÉS, **A função social**..., p.27).

sagrado, do qual ninguém poderia ser privado, erigindo a propriedade ao estatuto de direito natural[69].

Evidencia-se então o papel fundamental assumido pela burguesia na transição entre os dois modelos: os comerciantes passaram a adquirir terras, com o objetivo de garantir sua legitimidade e status na ordem feudal, conquistando assim uma posição importante na sociedade, embora ainda houvesse a barreira da insegurança jurídica, diante da pluralidade de regras, situação que decorria da ausência de um poder central.[70]

Num momento histórico de incertezas, sob os auspícios da Declaração de 1789, o Código Civil Francês vem tratar da matéria garantindo o direito absoluto à propriedade como um pilar de sustentação do direito privado – promovendo sua separação do direito público – e da própria sociedade, numa perspectiva estritamente individualista, ao identificar a propriedade com a liberdade.[71]

---

[69]Erigir a propriedade à condição de direito natural, em patamar equivalente à liberdade, é situá-la como um direito anterior ao próprio Estado, sobre o qual este não pode ter nenhuma ingerência, não obstante seja incumbido de garanti-la. A ambigüidade política estende-se ao terreno jurídico. A utilização do singular "propriedade" ao invés do plural, revela a idéia de atributo da pessoa, Essa "propriedade" no singular é direito natural e imprescritível (como um direito do homem) e inviolável e sagrado (como um direito do cidadão). Além do estatuto da propriedade, o artigo 17 da Declaração de 1789 fixa o fundamento do seu regime, traduzido na idéia de sacralidade que a ele confere. A partir desse momento, o "ter" projeta-se sobre o "ser", e o Direito passa a considerar aquele que "é" como sendo aquele que "tem".

[70]Eroulths Cortiano (op. cit., p.30-33) descreve o burguês como um homem cuja ambição de amealhar mais riqueza, fruto da atividade no comércio, e ascender ao poder faz com que trace seus planos políticos e aspire ser reconhecido como intelectual. Para garantir sua legitimidade e *status* na ordem feudal, o burguês passa a adquirir terras, literalmente comprando sua posição política na sociedade para contrapor-se à ordem feudal que obstaculizava seus interesses. A hierarquia existente na sociedade feudal que determinava a ausência de autonomia das pessoas, o parcelamento do direito de propriedade que dificultava seu tratamento como mercadoria, a ordem jurídica plural, a inexistência de uma ordem jurídica sistematizada que era fonte de insegurança jurídica e refletia nas atividades econômicas, enfim, toda a ordem posta constituía um grande obstáculo às pretensões burguesas.

[71]Dispõe o Codigo Civil Francês, em seu art. 544: *La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*. Assim, o direito de propriedade é um princípio enunciado como inviolável e sagrado, na esteira da Declaração de 1789; é absoluto, pois o proprietário pode usar da maneira que melhor lhe aprouver, desde que esse uso não seja proibido pela lei; é perpétuo, salvo em caso de abandono ou perda; é exclusivo, ainda que se admita casos de co-propriedade. O direito de propriedade sobre imóveis não se extingue e não se perde pelo seu não exercício.

Há que se compreender que a forma adotada para se conceber a propriedade era intrinsecamente ligada ao momento político: a propriedade adquirida pela burguesia deveria ser consolidada e justificada. A acumulação de riquezas se dá sobre uma base incontestável, que é o direito natural e absoluto no qual foi erigido o direito de propriedade. Era necessário que um direito natural servisse como suporte de tais riquezas, que acabaram por se traduzir na proteção da propriedade fundiária.[72]

E mais, a partir dessa consagração do direito de propriedade como um direito subjetivo, absoluto, intangível, o sistema jurídico moderno de propriedade guarda em sua essência não apenas o domínio sobre a coisa, como opera a exclusão dos demais, obstando o seu acesso e fruição de um bem cuja titularidade pertence a outrem.[73]

Diante de tais circunstâncias, e com a força que a construção liberal adquiriu e solidificou suas estruturas, erigindo a propriedade como uma das bases fundamentais do capitalismo, a legislação privada que se seguiu à Declaração dos Direitos do Homem de 1789 inspirou-se, obviamente, em seus ideais "revolucionários",

---

[72]Como afirma Barcellona (**El individualismo propietário**. Madrid: Trotta, 1996. p.115), *"No hay duda de que, inicialmente, en la fase que podríamos llamar fundadora del Estado moderno y luego del Estado de derecho, la garantía jurídica viene dada a los propietarios como clase y la propiedad se presenta como algo próprio de los pertenecientes a esa clase, como una cualidad suya, hasta el punto de aparecer como un criterio de identificación, especialmente cuando se trata da propiedade de la tierra. Las familias propietarias son a menudo conocidas por el nombre de los fundos o de las tierras que les pertenencem. La garantía que los estatutos, los códigos y las primeras constituciones suministran a la propiedad son esencialmente garantías a la clase propietaria dirigidas a la propiedad de la tierra."*

[73]"A propriedade, dizia Windscheid, é o direito em que a vontade do titular é decisiva com relação à coisa, sobre todos os seus aspectos. Essa definição exprime bem a substância da vontade do titular com relação à coisa de que ele é proprietário. Pode ele decidir tudo a respeito dela; pode, por conseguinte, usá-la, pode aproveitar todas as suas utilidades, pode, até mesmo, destruí-la e pode dar um fim ao seu direito, transferindo-o ao patrimônio de outrem. Por isso a propriedade é o direito em que a vontade do titular é decisiva para a coisa, sobre todos os seus aspectos. (...) Ninguém pode usá-la, ninguém pode gozá-la, ninguém poderá tirar dela nenhum proveito direto, sem que a vontade do titular tenha, ela própria, decidido esta participação. Se ele decidir ao contrário, ninguém, a não ser ele, poderá ter ingerência na coisa. Por isso, um grande jurisconsulto, Schlossmann definiu a propriedade, simplesmente, como direito de exclusão..." (DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**: direito das coisas. Rio de Janeiro: Rio, 1979. v.3. p.93-94).

numa onda codificadora que se estendeu pela Europa, com o Código Napoleônico de 1807 e o Código Civil alemão (BGB) de 1900, fontes nas quais foi beber o nosso Código Civil de 1916.[74]

Esse sucinto delineamento do significado da propriedade no Direito Romano e no medievo vem confirmar que a noção de propriedade unitária e individual, como direito subjetivo, e ainda, como um direito natural, que tem como características principais o domínio pleno sobre a coisa e exclusão da titularidade das demais pessoas, é uma elaboração nem recente, nem universal, mas que se encontra em total consonância com os ideais vigentes à época.

O escorço histórico é necessário, portanto, para que seja possível, a partir da identificação da relação entre o conteúdo e o objeto de propriedade em geral e os aspectos referentes à noção de propriedade privada e as características sociais da modernidade, compreender o porquê da adoção de um regime único de propriedade, que pretende esgotar todas as formas de apreensão, seja das coisas, seja do conhecimento, seja das criações humanas, e de todos os demais bens aptos a ingressarem no mercado.

Nesse contexto, cabe afirmar que o sentido jurídico que capta esse transcurso histórico definiu a propriedade como direito real. Isso significa dizer que a propriedade é dotada de características que a diferencia dos direitos pessoais, tomando-se estas duas categorias como fundamentais quando se trata de direitos subjetivos.[75]

---

[74]Eroulths Cortiano (op. cit., p.104-105). "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. De fato, o legislador brasileiro utilizou o rol dos poderes proprietários que baseou a conceituação do *Code*, se, entretanto, conceituá-la. De outro lado, seguiu a orientação alemã de especificar o conteúdo da propriedade, mas arrolando os poderes do proprietário, como fez o legislador francês."

[75]Utilizamos a divisão nessas duas categorias por razões didáticas, e também porque, em que pese a dificuldade para tomar critérios indefectíveis para traçar as diferenças de forma precisa, tal divisão permanece tanto na doutrina, quanto no Código Civil de 2002, que conserva a divisão em livros, sistematizados em Direito das Coisas e Direito das Obrigações.

Sucintamente, cabe esclarecer que existem teorias que procuram traçar distinções entre os direitos pessoais e reais, consubstanciadas nas teorias realista ou clássica, de um lado, e na personalista, de outro.[76]

A teoria realista considera que o direito real seja o poder imediato da pessoa sobre a coisa, exercido *erga omnes*, enquanto o direito pessoal é oponível apenas a uma pessoa, que deve cumprir com determinada obrigação contraída. A primeira crítica que a ela se faz, a par da discussão acerca da submissão da propriedade a regras que lhe subtraem o caráter absoluto, diz respeito à impossibilidade de existência de uma relação jurídica entre pessoa e coisa, e a segunda é que a oponibilidade a terceiros é característica de todos os direitos absolutos.

Diante da insuficiência da teoria realista, formulou-se a teoria personalista, que entende os direitos reais como relação entre pessoas, com a particularidade de que o sujeito passivo é indeterminado; criou-se, assim, um sujeito passivo universal que é definido apenas no momento da violação do direito. Essa figura de sujeito passivo universal presta-se, então, a explicar a oponibilidade *erga omnes* do direito real.

De qualquer sorte, a realidade é que dentre os direitos reais a propriedade emerge como o mais amplo deles, ainda que haja uma categoria de direitos reais, a que Ascensão denomina de "direitos reais de *gozo menores*", em contraposição ao direito real máximo, que é a propriedade.[77]

---

[76]Não se pretende adentrar o campo das diferentes formulações acerca das duas teorias, apenas mencionar a sua existência e pincelar suas principais características, com base nos ensinamentos de Orlando Gomes (**Direitos reais**. 19.ed. Atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.10-17).

[77]Em José de Oliveira Ascensão (**Direito civil**: reais. 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p.149), o autor esclarece que esses direitos de gozo menores provocam cisão nos poderes dados aos proprietário no desfrute dos bens, e conseqüentemente, no caráter absoluto da propriedade, pois, tomando-se o exemplo do usufruto, tal instituto vai permitir o acesso do gozo da propriedade por outrem.

É a "*plena in re potesta*"[78], que assume características como a complexidade, o caráter absoluto e a perpetuidade.[79]

Poderiam ser agregadas outras características, mas os poderes exercidos pelo proprietário são sobremaneira extensos, o que dificulta sua enumeração. Ainda para Orlando Gomes,

> Considerada na perspectiva dos poderes do titular, a propriedade é o mais amplo direito de utilização econômica das coisas, direta ou indiretamente. O proprietário tem a faculdade de servir-se da coisa, de lhe perceber os frutos e produtos e lhe dar a destinação que lhe aprouver.[80]

De fato, além da dificuldade de enumerar de forma exaustiva suas características, subsiste a indeterminação de sua definição e mesmo de seu conteúdo. Não à toa o Código Civil de 2002, ao inaugurar o capítulo que trata da propriedade (Título III, Capítulo I, do Livro III), no caput do art. 1228, apenas aponta determinados direitos, ou faculdades, como sendo este o conteúdo do direito de propriedade.[81]

---

[78]GOMES, **Direitos reais**, p.109. Existem três critérios para definir a propriedade, o sintético, o analítico e o descritivo: "Sinteticamente, é de se defini-lo, com Windscheid, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possua. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei."

[79]Na lição de Orlando Gomes (**Direitos reais**, p.109), é complexo, ainda que unitário, porque consiste "num feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto", é absoluto "porque confere ao titular o poder de decidir se deve usar a coisa, abandoná-la, aliená-la, destruí-la...", ou porque é oponível a todas as demais pessoas, ou ainda porque existe um poder real sobre a coisa, é perpétuo porque tem duração ilimitada.

[80]GOMES, **Direitos reais**, p.110.

[81]NCC, art. 1.228: "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispôr da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".

Essa técnica de pronto é criticada por Ascensão:

> Mas com essa enumeração não adiantamos muito, nem na determinação da essência, nem na determinação do conteúdo da propriedade. Porque afinal, apenas chegámos à trilogia romana do ius utendi, fruendi et abutendi, que não basta para qualquer daqueles fins.[82]

Paradoxalmente, convive com tal indeterminação a moldura estabelecida pelo sistema jurídico para os direitos reais, que se traduz em dois princípios: a tipicidade e o *numerus clausus*[83]*.* Tais princípios são úteis para que esses direitos ou atributos da propriedade venham a tornar-se objeto do trânsito jurídico, de modo que a liberdade possa ser exercida apenas de acordo com os limites e obedecendo a certos requisitos estabelecidos pelo Direito.

A contradição é bem esclarecida por Fachin:

> Numa dimensão está a dinâmica jurídica que põe bens, coisas e interesses em trânsito; noutra (dimensão 'real') está o que se designa estática jurídica, aquilo que fica impregnado com o seu titular e, portanto, é dotado de algumas características como a da oponibilidade *erga omnes*, exatamente para que esses direitos sejam, na esfera jurídica, defendidos e oponíveis a terceiros. Não sem razão a completude dessa configuração foi buscar uma explicação para dar conta, mesmo no direito sobre coisas, da relação jurídica entre sujeitos.[84]

---

[82]ASCENSÃO, **Direito civil**..., p.445.

[83]O artigo 1.225 do NCC enumera os direitos reais, estabelecendo um sistema de *numerus clausus*, pois são direitos reais apenas aqueles contidos neste dispositivo legal, sob a justificativa de que por serem absolutos e oponíveis a todos, devem sofrer limitação legal. As relações proprietárias devem, então, obedecer ao "tipo legal", daí o princípio da tipicidade. Na lição de Fachin (O estatuto civil da clausura real. **Jornal da APEP Associação dos Procuradores do Estado do Paraná**, Curitiba, ano III, n.12, dez. 1995.) "No sistema codificado brasileiro, a matéria foi posta sob a rubrica clássica "Direito das Coisas", na esteira da denominação consagrada pelo BGB de 1896, classificando-se, genericamente, sob duas tipologias básicas: direitos sobre coisa própria e sobre coisa alheia. Restaram, pois, enfeixados sob o princípio da criação exclusiva do legislador, num rol taxativo ("*numerus clausus*"), atendendo, assim, as implicações sociais que o sistema leva em conta para excluir tal poder criador da vontade dos interessados. (...) De todos esses direitos reais, o regime jurídico da propriedade, que é indisfarçavelmente o mais relevante, é suficiente para espelhar aquelas diretrizes basilares desse estatuto civil da clausura real".

[84]FACHIN, **Teoria crítica**..., p.49.

Sob essa ótica e a partir do que foi trazido à colação, é evidente a constância da concepção da propriedade da modernidade, evidenciando as amarras a que está atrelada ainda hoje, caracterizada por paradoxos que servem a demonstrar que a construção da modernidade encontra-se em vias de ruir, mas que o caminho ainda está sendo desvelado.

É nesse ponto que se observa que, em que pese a releitura do direito de propriedade à luz da Constituição, ele ainda permanece, em nossos manuais, intimamente ligado a conceitos próprios da modernidade, e que a técnica adotada na recente modificação – que não significa evolução – do Código Civil, com poucas exceções, conservou o mesmo paradigma.[85]

Esse é o percurso que nos leva a compreender o papel fundamental da propriedade na edificação e sustentação de nosso sistema jurídico privado, projetando a necessidade premente de revisão e reconstrução dos conceitos sobre os quais se assenta, num processo que vai ganhando espaço a partir da elaboração de um pensamento que tenha por fundamento a adoção de uma principiologia axiológica de índole constitucional que tenha como fundamento a dignidade da pessoa humana.

---

[85]Giorgianni (op. cit., p.36) define com precisão a posição dos manuais de Direito Civil diante das transformações pelas quais vem passando o direito privado: "No entanto, a consciência destas transformações parece ter penetrado muito pouco na doutrina comum, principalmente naquela dos manuais, para a qual o Direito Privado e as suas fronteiras ainda são indicados com fórmulas tradicionais."

PARTE II

UM OUTRO OLHAR: TRANSFORMAÇÃO, SUPERAÇÃO E TENDÊNCIAS JURÍDICAS CONTEMPORÂNEAS

CAPÍTULO 1

INVESTIGAÇÕES NO CAMPO SEMÂNTICO: CONSTITUCIONALIZAÇÃO, PUBLICIZAÇÃO, REPERSONALIZAÇÃO E DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

O Direito Privado na contemporaneidade vem sendo marcado por tendências que se traduzem naquilo que tem se entendido como a sua publicização, constitucionalização, repersonalização e despatrimonialização.

Tais tendências, ou fenômenos, fazem com que o Direito Civil, que na história do Direito de raiz romano-germânica sempre foi considerado o "*locus* normativo privilegiado do indivíduo", ganhe contornos diversos[86] daqueles próprios da modernidade clássica.

Pode-se dizer que esse movimento tem como marco inicial o debate entre o público e o privado, esferas separadas na modernidade, mas cuja apartação não poderia subsistir diante das transformações pelas quais vem passando o Direito de uma maneira geral, a partir da idéia de Estado Social e do advento de movimentos como o constitucionalismo[87].

---

[86]Como sintetiza Paulo Luiz Netto Lôbo (Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.141, p.99-109, jan./mar. 1999.). "O direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal."

[87]Luís Roberto Barroso no texto Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil (**Revista Brasileira de Direito Publico – RBDP**, Belo Horizonte, ano 3, n.11, p.21-65, out./dez. 2005), traça um histórico a respeito do "renascimento" do direito constitucional, que ele denomina de reconstitucionalização, ocorrido na Europa logo após a Segunda Guerra e ao longo da metade do século XX, produzindo uma nova forma de organização política que atende pelos nomes de Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, ou ainda, Estado Constitucional Democrático, e que no Brasil, de modo tardio, vem se desenvolver a partir do ambiente que envolveu a elaboração da Constituição de 1988. Para o autor, seu mérito é não ser uma Constituição somente do ponto de vista técnico, mas ser capaz de externar um "sentimento constituciona", ainda que seja presente a volubilidade do seu texto por meio de inúmeras emendas.

No pensamento moderno firmou-se a dicotomia entre público e privado como uma conseqüência das idéias liberais, sendo estabelecida uma espécie de reserva da esfera privada, como aquele espaço onde o Estado não poderia cometer ingerências.

Nesse contexto, que pressupunha a separação entre a sociedade civil e o Estado, bem como a precisa definição de papéis, coube ao Estado criar regras aptas a permitir que a convivência entre esferas individuais se desse de forma pacífica, em nome da liberdade para a realização da atividade econômica.

Em tal compasso, o Direito Civil contido nos Códigos emerge como o regulador das relações entre as pessoas do ponto de vista privado, como o espaço de liberdade individual e da autonomia perante o Estado.

Com pertinência, Nelson Saldanha traça uma comparação entre o espaço privado e o espaço público utilizando a metáfora do jardim e a praça, para simbolizá-los, respectivamente.[88]

Tal simbologia expressa a contraposição entre es relações estabelecidas na vida pública e aquelas entabuladas no âmbito privado, expondo a estratificação social, em que o jardim se caracterizaria como uma criação da classe dominante traduzido num símbolo de individualismo, distinção e isolamento, já que se encontrava cercado por grades, dentro dos "domínios" do proprietário.

Por sua vez, a praça celebra a existência do indivíduo como parte da sociedade, local onde são realizados os ritos próprios de determinada cultura, o espaço de convivência aberto a todos e que corresponde àquilo que o autor denomina *"advento do nível* institucional *da vida",* vale dizer, "uma ordem em que os comportamentos se regulam em função de fins sociais definidos. O que já levaria ao

---

[88]SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**. São Paulo: EDUSP, 1993. p.13. "O jardim se concebe, geralmente, como um trecho de espaço anexo à casa, quase sempre à frente dela, mas em certos casos – como nos chamados jardins de inverno – dentro dela. O jardim é uma parte do espaço que circunda a casa (a casa ou outro tipo de edificação), uma parte específica pela posição e pelas características. A praça é pensada como um espaço amplo, que se abre, na estrutura interna das cidades, como uma confluência de ruas, ou de qualquer sorte uma interrupção nos blocos edificados."

problema de não ser, a liberdade, uma descomprometida e anômica permissão total de agir, mas uma condição social situada".[89]

O autor segue em aprofundada análise sobre os papéis dos espaços público e privado nos diferentes momentos históricos da humanidade, para afirmar que nem sempre é possível traçar com precisão os limites entre a esfera pública e privada[90], e para demonstrar que modernidade não renegou a importância da dimensão pública, pois sem a ela, por mais que o culto ao privado seja marca do pensamento liberal, não teria sido possível a estruturação de instituições como a república e as democracias contemporâneas.

No contexto de superação ou reestrutura da dicotomia, conclui-se a necessidade de uma reconciliação entre os antagonismos, a fim de que estes sejam redimensionados: "As sínteses não fundem: reúnem, mantendo distinções". Nessa perspectiva, "é correto pretender que no jardim exista algo de praça, e que a praça tenha algo de jardim".[91]

O pano de fundo da discussão acerca da publicização, portanto, é o reconhecimento de que a dimensão pública e a dimensão privada do indivíduo não constituem esferas herméticas. A dimensão pública corresponde, para não abandonarmos as metáforas, a algo que se encontra "fora ou para fora" e a privada àquilo que se encontra "dentro ou para dentro"; idéias próprias do esquema político liberal que, ao contrário do que se possa pensar, não desconheceu a importância da dimensão pública, ainda que para assegurar suas conquistas privadas.[92]

---

[89]SALDANHA, op. cit., p.38.

[90]SALDANHA, op. cit., p.56, "O marco privado evolui junto com o domínio público, e o predomínio de um ou de outro, dentro das fases em que se desdobra a história deste ou daquele povo, desta ou daquela civilização, não chega a configurar uma 'linha' definida e irreversível."

[91]SALDANHA, op. cit., p.119-120.

[92]SALDANHA, op. cit., p.99. "Quanto ao problema da limitação do Estado, formulado dentro do racionalismo 'burguês' pelos liberais clássicos, ocorre observar que o pleito em favor da restrição do Estado não deixou de coadunar-se com a permanência, aliás redimensionada, do sentido do 'público'. Como se sabe, a obra legislativa da Revolução Francesa se fundou sobre uma espécie de retomada da clássica divisão romana do Direito em público e privado, baseando-se este sobre o legado romano e aquele, ao menos em parte, sobre o Direito Natural."

Desse modo, a temática da publicização começa a assumir alguns contornos a partir do momento em que o Estado passa a intervir em assuntos que até então pertenciam somente à esfera privada do indivíduo, assumindo funções anteriormente atribuídas à iniciativa privada.

Essa interferência do Estado é mais evidente no que diz respeito à regulação da atividade econômica, até então espaço de exercício da autonomia do indivíduo, e que se estende para outras esferas da vida, provocando uma transformação estrutural no direito privado, num fenômeno que acabou por ser nomeado como publicização.

Ante o ingresso de matérias até então exclusivamente privadas no corpo de Constituições como a de Weimar, por exemplo, Paulo Luiz Netto Lôbo[93] explica que durante muito tempo considerou-se que publicização e constitucionalização compartilhariam o mesmo significado.

O autor esclarece que se trata de situações distintas, e que a publicização, em verdade, diz respeito à crescente intervenção estatal ocorrida no denominado Estado Social no século XX, a fim de se reduzir a autonomia privada em nome da realização da justiça social e da defesa dos mais fracos. Tal interferência culminou por retirar do Código Civil matérias que acabaram sendo transformadas em ramos autônomos do Direito, como o direito agrário, o direito do consumidor, o direito do trabalho.

Para ele, que claramente questiona a existência de uma tendência denominada publicização, no entanto, não é o fato de haver um maior número de normas cogentes, submetendo tais matérias ao âmbito do direito público, que caracterizaria esta publicização, eliminando a origem privada das relações, pois, no seu entender, "...isso não elimina a natureza originária da relação jurídica privada, vale dizer, da relação que se dá entre titulares de direitos formalmente iguais; não é este o campo próprio do direito público".[94]

---

[93]LÔBO, Constitucionalização..., p.100.

[94]LÔBO, Constitucionalização..., p.100.

Sob esse viés, não é porque determinada matéria reclama maior grau de intervenção do Estado que deixa de ser privada, pois, no Estado Social, todos os temas sociais foram abrangidos pela Constituição, de modo que a distinção entre público e privado sempre subsiste, na medida em que por mais regulada que seja a relação, as suas raízes permanecem no direito privado. A diferença residiria no fato de que no Estado Social haveria uma maior intervenção no espaço privado, o que não transmutaria sua natureza para público.

Cumpre observar que, conforme assinala Giorgianni, a idéia de publicização muitas vezes provoca reações consternadas nos civilistas "como as de quem, retornando de uma longa ausência, encontrasse a sua casa invadida por gente estranha que derrubara muros e portas, modificara tapetes e móveis"[95], como se as transformações expusessem uma crise que deveria ser camuflada.

De fato, trata-se de uma transformação significativa, sobremaneira necessária, e que em momento algum se confunde com o declínio, ou até mesmo o extermínio, do direito privado.

Com brilhantismo, ao tratar de impossibilidade de subsistência da tradicional separação do direito em direito público e direito privado em razão de sua incompatibilidade com a realidade econômica-social de nosso tempo, em que o Estado intervém na esfera privada de modo a promover o desenvolvimento da economia e como prática de justiça distributiva, leciona Maria Celina Tepedino:

> O novo peso dado ao fenômeno importa em rejeitar a idéia de invasão da esfera pública sobre a privada, para admitir, ao revés, a estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla o suficiente para abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado.[96]

---

[95]GIORGIANNI,op. cit., p.36.

[96]TEPEDINO, M. C. B. M., op. cit., p.22-23.

Para a autora, a modificação do Direito Civil a partir do Estado intervencionista, perdendo seu caráter individualista, não se deve apenas à publicização do direito privado, mas a modificações internas na sua própria estrutura, num movimento que se concretiza ao menos em três perspectivas: a primeira delas é que o Código deixa de ocupar posição central no sistema, que além de encontrar seu fundamento máximo na Constituição, também vê a proliferação de microssistemas, perdendo sua condição de constituição do homem privado, destinado a tratar dos institutos base do liberalismo, que eram o contrato e a propriedade.

Em segundo lugar, ao lado desse fenômeno de perda de centralidade do Código, a autonomia individual cede espaço à idéia de integração do ser humano na sociedade. Por fim, o Direito Civil passa a ser influenciado por correntes de pensamento que pregam a justiça social, o que faz com que a sua lógica individualista deva ser abandonada. Conclui a renomada professora:

> O direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão", de modo que a divisão entre um e outro não deve traduzir a distinção entre duas realidades estanques, mas contemplar a diferença que reside na prevalência entre o interesse público e o interesse privado em determinada circunstância, eis que em todas elas há presença dos dois tipos de interesse.[97]

Sob uma ótica pragmática, parece-nos que tal discussão guarda um certo grau de esterilidade, eis que uma das premissas sobre a qual se assenta o presente trabalho é identificar que a dicotomia tradicional encontra-se em crise, ao mesmo tempo em que não há qualquer incompatibilidade no fato de a Constituição tratar determinados assuntos tradicionalmente privados, pois, ainda assim, tais assuntos

---

[97]TEPEDINO, M. C. B. M., op. cit., p.26. No mesmo sentido das idéias tratadas, Flórez-Valdés, p. 31 ensina: *"Por razón del postulado de la unidad del ordenamiento jurídico, así como por efecto de la meteórica evolución de las circunstancias sociales (a partir sobre todo de la Segunda Guerra Mundial) que ha generado la alteración de las estructuras sócio-económicas, y también por la acentuada presencia de los poderes públicos en la vida individual e comunitária; incluso – en contraposición – por la asunción estatal de numerosas técnicas e instrumentos iusprivatistas, la antigua distinción entre Derecho público y Derecho privado, ya originariamente oscura y polémica, ha acentuado estos caracteres, generalizándose en la doctrina la alusión a la entrada en crisis de tan antigua distinción, antaño de carácter fundamental y antitético."*

permanecem na esfera privada do cidadão; com nova roupagem, é verdade, pois a Constituição e os seus princípios estendem-se por todo o ordenamento jurídico, conferindo-lhe novos significados.[98]

Do cotejo de idéias, é possível entender que a superação dessa dicotomia não implica o desaparecimento da esfera privada, mas significa constatar que há um espaço de interseção entre o direito público e o direito privado, e que a partir disso o direito privado passa a adquirir uma nova dimensão e significado.

De qualquer sorte, no que respeita à constitucionalização, não restam dúvidas acerca da importância desse fenômeno para a compreensão do Direito Civil na contemporaneidade[99], ainda que existam críticas quanto ao fenômeno, em razão de este provocar uma suposta perda de precisão conceitual e autonomia dos ramos do Direito.[100]

Não se olvida que as constituições modernas e a codificação civil são contemporâneas ao Estado liberal, que afirmou o individualismo jurídico. No entanto,

---

[98]*"Ahora bien, la Constitución, por su carácter normativo, no solo incide en todo el ordenamiento jurídico en una abstracta relación de universalidad. Su influencia se muestra más concreta y directa y, como hemos indicado ya, se deja sentir también en el Derecho privado y, dentro de él y de manera próxima, em el Derecho civil..."* (FLÓREZ-VALDÉS, Joaquim Arce y. **El derecho civil constitucional**. Madrid: Civitas, 1991. p.34).

[99]LÔBO, Constitucionalização..., p.100, "Os estudos mais recentes dos civilistas têm demonstrado a falácia dessa visão estática, atemporal e desideologizada do direito civil. Não se trata, apenas, de estabelecer a necessária interlocução entre os variados saberes jurídicos, com ênfase entre o direito privado e o direito público, concebida como interdisciplinaridade interna. Pretende-se não apenas investigar a inserção do direito civil na Constituição jurídico-positiva, mas os fundamentos de sua validade jurídica, que dela devem ser extraídos. (...) Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição, segundo o Código, como ocorria com freqüência (e ainda ocorre)."

[100]Para Fachin e Ruzyk, tais críticas demonstram o apego a uma racionalidade sistêmica fechada, sob a qual o direito é visto como um fim em si mesmo "e não como um instrumento para o atendimento das demandas impostas para a concretização da dignidade da pessoa" (FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.99).

o papel por elas assumido foi diverso: enquanto à Constituição cabia limitar o Estado e o poder político, os Códigos asseguravam a ampla autonomia dos indivíduos, mormente no que diz respeito às suas atividades econômicas.

A necessidade de codificar as regras existentes, e mais do que isso, sistematizá-las, a partir de determinada racionalidade, conferiram aos Códigos uma idéia de segurança, de estabilidade, necessária às relações econômicas nascentes no seio do liberalismo. E por serem praticamente imutáveis e tenderem a uma certa perenidade, configuraram um sistema fechado, abstrato, baseado no individualismo e destinadas a regularem relações patrimoniais.

Com o reconhecimento da saturação desse sistema privado fechado, edificado sobre uma base única que é o Código Civil, bem como da necessidade de estabelecer-se novos lastros para um sistema que vem evidenciando sua natureza porosa e permeável à realidade que o cerca. Tais lastros são as normas fundamentais encontradas na Constituição, nos seus princípios e valores, de modo que a Constituição assume o papel de centro e fundamento do sistema jurídico.[101]

Os novos paradigmas do Direito Civil aproximam-se da Constituição, atualizando a leitura não só do Código, mas de todo o sistema, colocando em relevo a premência da releitura do Direito Civil diante das mudanças e transformações da sociedade e o divórcio entre o direito positivo e a realidade fática que ele pretendia regular.

Se outrora a Constituição possuía a função de configurar e ordenar os poderes do Estado que ela constitui, ao mesmo tempo em que estabelece os limites do poder e as liberdades e os direitos fundamentais das pessoas perante o poder estatal sem, contudo, regular o conteúdo das relações de âmbito privado, agora ela não apenas limita o poder do Estado, mas também determina que ele intervenha em

---

[101]Conforme aduz Maria Celina Tepedino (op. cit., p.24), "Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um 'mondo in frammenti', logicamente incompatível com a idéia de um sistema unitário."

determinadas relações a fim de garantir verdadeiros direitos ao cidadão, na perspectiva do Estado Social.[102]

No ensinamento de Flórez-Valdés, *"La aproximación al Derecho civil surge ante la doble consideración del carácter normativo de la Constitución y de la presencia en la misma de matérias cuyo contenido responde al atribuído al Derecho civil"*.[103]

É imperioso constatar que o Direito Civil consubstanciado nos Códigos tornou-se obsoleto e subdesenvolvido, incompatível com a realidade e com a principiologia constitucional. O Código, portanto, tornou-se uma camisa-de-força para o Direito Civil, pois a complexidade das relações estabelecidas na contemporaneidade não pode ser adaptada à rigidez das regras codificadas, transbordando de seus limites, como ocorre na criação dos microssistemas a que já nos referimos, como o direito do consumidor, estatuto da criança e do adolescente, direito do trabalho, entre outros.[104]

---

[102]Na lição de Paulo Luiz Netto Lôbo (Constitucionalização..., p.102), "O Estado social, no plano do direito, é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil".

[103]FLÓREZ-VALDÉS, op. cit., p.21.

[104]Nesse sentido, Ricardo Lorenzetti (op. cit., p.45), manifesta-se: "O Código divide sua vida com outros Códigos, com microssistemas jurídicos e com subsistemas. O Código perdeu a centralidade, porquanto ela se desloca progressivamente. O Código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais." E ainda, na mesma direção, Gustavo Tepedino afirma que "A partir dos anos 30 esse caráter de monopolização do direito privado pelo Código Civil tende a enfraquecer, na medida em que as leis extravagantes surgem para regulamentar situações previstas pelo codificador. (..) Perde, assim, seu caráter de exclusividade, ao mesmo tempo em que vai se evidenciando o esgotamento das categorias clássicas do direito privado, tradicionalmente individuais, às quais se contrapõe uma nova realidade que impele o legislador a preocupar-se mais com o conteúdo das atividades desenvolvidas pelo sujeito e menos com o sujeito abstrato da modernidade. (...) O processo de industrialização do país e as reivindicações dos movimentos sociais, somados à intervenção do Estado e das Constituições do período pós-guerra, trazem princípios relativos a deveres sociais que incidem na atividade privada e fazem com que o Código Civil perca de forma definitiva sua primazia como Constituição do homem privado."

Trata-se mesmo de um Direito Civil constitucional, sobre o qual Pietro Perlingieri se volta com autoridade e precisão, movido por esse espírito de renovação do conteúdo do direito privado fundamentado na influência da Constituição e consciente da complexidade das relações sociais na atualidade.[105]

Em sua notável obra sobre o tema, Flórez-Valdez o define, em síntese, da seguinte forma: do ponto de vista formal, considerado o conjunto de normas e princípios normativos estabelecidos na Constituição. Do ponto de vista conceitual, porém, há que se considerar a união de tais princípios de forma sistematizada e conectada com a unidade do ordenamento jurídico, de forma tal que não incide sobre o ordenamento de modo abstrato e universal, mas de maneira direta e concreta.[106]

A existência de um Direito Civil constitucional tem razão de ser na medida em que o Direito Civil passa por esse já mencionado processo de descodificação, no qual o Código perde a condição de centralidade no sistema do direito privado, ante o papel unificador assumido pela Constituição no sistema jurídico, não somente do ponto de vista formal, mas também do conteúdo das normas constitucionais. No cerne de tais preocupações encontra-se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

---

[105]Perlingieri inicia sua obra Perfis do Direito Civil: Introdução ao direito civil constitucional (op. cit.) afirmando que "O estudo do direito – e portanto também do direito tradicionalmente definido como 'privado' – não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social. O Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção". (p.1) Chamando atenção para o fato de que o Código Civil Italiano de 1942 pertencia ao ordenamento fascista, ao contrário da Constituição, que entrou em vigor em 1948, identifica o descompasso entre os valores de um e outro, de modo que, tendo em vista encontrar-se a Constituição no mais alto nível na hierarquia das fontes, a única solução possível passa pela consciência de que o ordenamento jurídico deve ser unitário. Assim, "A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo da lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam". (p.5).

[106]FLÓREZ-VALDÉS, op. cit., p.173-174.

É na Constituição de 1988, apenas para citar alguns exemplos, que os direitos sociais ganham relevo, que a função social da propriedade é erigida a princípio constitucional, que o meio ambiente surge como direito difuso, que os sujeitos coletivos são reconhecidos como titulares de direitos, sendo abandonada a idéia de que o sujeito, numa perspectiva egoística, está no centro das preocupações do Direito.

No mesmo compasso, a igualdade se impõe como igualdade material, seja nas relações de trabalho, seja, especialmente, nas relações familiares, já que o Código Civil de 1916, impregnado pela ideologia patriarcal sob a qual foi elaborado, ignorava a existência da mulher e dos filhos, exceto quando tratava de questões patrimoniais.[107]

Mas a constitucionalização possui caráter dúplice, ou mesmo tríplice: não significa apenas a releitura das normas já positivadas à luz dos princípios que traz em seu bojo; significa também que as normas a serem produzidas não podem contrariar o disposto na Constituição. Mais ainda, significa que as normas constitucionais podem ser aplicadas diretamente nas relações jurídicas de cunho privado.

A constitucionalização, portanto, deve ser entendida como a interpretação dos demais dispositivos legais à luz de seu conteúdo, mas não somente isso, pois significa que as leis elaboradas posteriormente devem buscar seu fundamento e justificativa nas normas e princípios da Constituição e guardar com ela o mesmo sentido, pois seus valores e princípios devem, para além de orientar o direito privado em sua exegese, fazê-lo também em relação à sua produção, a fim de criar um saber e uma prática comprometidos com um Direito Civil renovado.[108]

---

[107]PERLINGIERI, **Perfis do direito**..., p.6. "Fala de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. (...) O respeito aos valores e princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos."

[108]Nas palavras de Luiz Edson Fachin (**Teoria crítica**..., p.320), "À luz dessas estrelas a se descobrir, pode e deve o Direito Civil estar amalgamado por um fio condutor que reconheça no singular as possibilidades da regulação jurídica sem aprisionamentos conceituais.(...) Do singular novo saber se constrói na trasversalidade, arrostando a verticalidade da cognição insossa e a horizontalidade do conhecimento pouco profundo."

Assim é que ao lado desse, emergem outros fenômenos no processo de reconstrução do Direito Civil, que têm em seu bojo a crítica da ausência de humanidade dos conceitos clássicos, pois que destinados a sujeitos abstratos.

Como desdobramento da constitucionalização, e tendo em mira o princípio da dignidade humana que permeia todo o ideário constitucional de 1988, as tendências de repersonalização e despatrimonialização surgem inseparáveis, inerentes uma à outra, pois ambas assentam-se na premissa de que o Direito Civil hoje clama pelo deslocamento das preocupações patrimoniais para colocar no cerne de suas preocupações a pessoa.

Para Ricardo Lorenzetti, o ponto de enlace entre o direito privado (civil) e o direito público (constitucional) é a pessoa, que se apresenta como "núcleo de irradiação de direitos". Não mais na ótica do indivíduo abstrato da modernidade, mas como pessoa concreta:

> A pessoa e seu feixe de direitos é um ponto de articulação do sistema, tanto na ordem constitucional como na privada. Normas constitucionais protetivas da pessoa aplicam-se ao Direito Privado e direitos personalíssimos jusprivatistas adquirem significado constitucional.[109]

A idéia de repersonalização encontra assento na necessidade de reescrita da biografia do sujeito da modernidade e assume significado de reconhecimento da pessoa como centro das preocupações do ordenamento jurídico e da realização dos seus interesses como cidadão, na perspectiva de um direito a serviço da vida e adequado às situações jurídicas reais.

Não se trata, portanto, de um retorno ao movimento realizado pelo pensamento liberal da modernidade, no qual o sujeito ganha centralidade apenas por ser transformado em sujeito de direito e como tal, elemento da relação jurídica, numa ótica de abstração e individualismo. Trata-se, ao inverso, de "repor 'o indivíduo e os seus direitos no topo da regulamentação jure civile', não apenas como o actor que aí privilegiadamente

---

[109]LORENZETTI, op. cit., p.159.

intervém mas, sobretudo, como o móbil que privilegiadamente explica a característica técnica dessa regulamentação".[110]

Orlando de Carvalho refuta qualquer tentativa de atribuir-se tal necessidade a uma tendência meramente humanista, pois, para ele, o humanismo que se pretende é um humanismo concreto que reconhece o "poder jurisgênico" do homem comum em suas relações concretas e o Direito Civil como espaço de realização do sujeito, sem, contudo, considerar que esse "espaço civil" seja impermeável a outras comunicações. Ao contrário, pois vai buscar na dignidade humana e na liberdade de desenvolvimento do indivíduo o seu fundamento.

Tais idéias se unem à necessidade de se "restituir o Direito ao seu papel de instrumento de interesses, conferindo constantemente os mecanismos jurídicos com os escopos humanos da tutela legal".[111] Isso significa que os meios oferecidos pelo direito (e a relação jurídica como um mecanismo pelo qual o direito é veiculado) devem ser considerados não apenas na sua dimensão da estrutura, mas também no seu aspecto funcional.

Em igual medida a despatrimonialização significa que o sistema deve ser reconstruído com base no valor da pessoa, por meio da superação do personalismo individualista e do patrimonialismo.

Essa tendência não significa, no entanto, destituir de conteúdo patrimonial o direito privado, mas entendê-lo como umas das dimensões da pessoa, superando a concepção que toma o patrimônio como fim em si mesmo, em desconformidade

---

[110]CARVALHO, op. cit., p.10. Mais adiante, o autor afirma: "Nesse sentido é que se julga oportuna a 'repersonalização' do direito civil – seja qual for o invólucro em que esse direito se contenha –, isto é, a acentuação de sua raiz antropocêntrica, da sua ligação visceral com a pessoa e os seus direitos. Sem essa raiz um tal direito é ininteligível, não tanto porque o grosso das instituições civilísticas apela ainda para a autonomia da vontade, pelo menos na forma da liberdade de conclusão, mas principalmente porque o civismo ou o civilismo é uma idéia que ou já não tem qualquer nexo ou tem-no justamente por ser o círculo da pessoa." (p.90).

[111]CARVALHO, op. cit., p.94.

com os valores adotados pela Constituição de 1988, dentre os quais e principalmente a dignidade da pessoa humana.[112]

A despatrimonialização vem ao encontro dos anseios que conferem preponderância à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais insculpidos na Constituição de 1988. Falar de "despatrimonialização" do direito privado significa imprimir uma marca que difere o Direito Civil contemporâneo e crítico do sistema formulado nas codificações liberais que adotaram o patrimônio como valor necessário à realização da pessoa.

Tão verdadeira é tal afirmação que o conteúdo patrimonial que serviu como fim condutor da lógica liberal contida nos Códigos estendeu-se para todos as relações da vida humana, atingindo inclusive as relações pessoais, patrimonializando-as.

Trata-se, portanto, de retirar do centro axiológico das preocupações da ordem jurídica civilista o patrimônio, para, em seu lugar, erigir como seu novo cerne um sujeito de direito concretizado, espelhando a força normativa e a eficácia imediata do princípio da dignidade humana em nosso ordenamento[113]. É a restauração da primazia da pessoa humana, no lugar do sujeito de direito abstrato.

Com efeito, o surgimento de tais tendências expõe a necessidade de ultrapassar as barreiras existentes entre os fatos concretos da vida e os conceitos formulados com base na abstração, bem como a superação da ausência de diálogo do Direito Civil encastelado na frieza do Código, a fim de estabelecer pontes com

---

[112]PERLINGIERI, **Perfis do direito**..., p.33. "Com o termo, certamente não elegante, 'despatrimonialização', individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, vai se concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a 'redução' quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável."

[113]"Numa expressão, o Direito Civil deve, com efeito, ser concebido como 'a serviço da vida' a partir de sua raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para se afastar do tecnicismo e do neutralismo. Não sucumbir, enfim, ao saber virtual." (FACHIN, **Teoria crítica**..., p.16).

outras disciplinas dentro e fora do Direito, formulando uma teoria crítica do Direito Civil que não se constrói sem a compreensão prévia dos fatos materiais da vida.

O Direito Civil não pode permanecer mergulhado na ignorância da inter-relação entre direito e sociedade e do dinamismo que permeia as relações sociais. Se o Código de 1916 é patrimonialista porque coerente com os valores vigentes à época de sua elaboração, não se pode deixar de mencionar que o Novo Código de 2002 também estendeu seu processo de elaboração desde a década de 1970, anterior à própria elaboração da Constituição de 1988.

Além de guardar semelhanças do ponto de vista estrutural, como a manutenção de uma Parte Geral e a divisão em livros que colocam em relevo a questão patrimonial, acabou por inspirar-se nas mesmas fontes, com tímidas inovações.

Fez uma opção por seguir o mesmo caminho, ainda que deslocado de sua contemporaneidade, pois mantém a mesma característica patrimonialista que marcou o Código anterior, em desacordo com os valores constitucionais, visto que calcado num sujeito de direito abstrato e cuja racionalidade transita de igual maneira entre os mesmo pilares fundamentais que sustentam esse direito privado tradicional.[114]

Apresenta-se dissociado, portanto, das tendências contemporâneas que trazem em seu bojo a efetiva aplicação de uma tábua axiológica fundamentada em valores constitucionais. Sob prisma diverso, no entanto, não se pode olvidar que, na lição já mencionada de Pietro Perlingieri, o ordenamento é unitário, e encontra seu fundamento na Constituição, o que significa dizer que, ainda que esteja presente o descompasso entre o Código e a Constituição, os valores e princípios da norma constitucional hão de prevalecer.

---

[114]Luiz Edson Fachin (Sobre o projeto do código civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. Separata de: **Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra, 2000. v.76. p.132), explica que "Sua elaboração se deu a partir de uma racionalidade herdada do Código de Napoleão e da Escola Pandectista, e, portanto, do século XIX, em que prevalecia a preocupação patrimonialista e conceitualista, expressa na existência de uma Parte Geral".

CAPÍTULO 2

IMPERATIVIDADE DE UMA PRINCIPIOLOGIA AXIOLÓGICA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A consolidação das tendências denominadas publicização, constitucionalização, repersonalização e despatrimonialização refletem diretamente no regime jurídico das titularidades, pois significam a adoção de uma principiologia constitucional que repercute diretamente nas estruturas do Direito Civil, causando um rompimento com os paradigmas da modernidade.

A crítica do Direito Civil adota como premissa metodológica a releitura do Código Civil à luz dos princípios constitucionais tendo em mente que o sistema jurídico não é hermético.[115] Ao contrário, é algo poroso e permeável aos acontecimentos e à complexidade das relações sociais, e garante sua dinâmica por meio da influência direta dos princípios.

Trata-se da adoção de uma nova posição metodológica que adota como indiscutível a supremacia da Constituição na hierarquia das leis, e que não se esgota no aspecto formal da superioridade da norma constitucional, mas dá relevo ao seu conteúdo por entender que os valores presentes na Constituição são aqueles merecedores de especial proteção.

Na perspectiva da crítica contemporânea, o Direito não pode mais ser concebido como um sistema neutro e nem se esgota na operação lógico-formal entre fato e norma, mas tem como nota a sua indeterminação e conflituosidade entre valores. A Constituição de 1988 fez opção por determinados valores que se projetam

---

[115]Na obra Pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do Direito, Canaris propõe-se a caracterizar sistema como ordem teleológica, constituída por elementos que tornem perceptíveis a unidade interna e a adequação da ordem jurídica, definindo-o como "uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais" (CANARIS, Claus Wilhem. **Pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do direito**. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p.77-78).

em seu conteúdo, de onde a afirmação de que a superioridade constitucional vai além da sua posição preponderante no ordenamento como norma formalmente superior, sendo reconhecida também a superioridade do seu conteúdo material.

A consagração da razão instrumental pelo Iluminismo, com a construção da ciência assentada sobre a objetividade, despoja o conhecimento de qualquer caráter subjetivo, tornando-o impessoal e passível de ser verificado por todos os demais, já que, por ser científico, é objetivo, exato.

Todavia, a ciência jurídica não é exata, ela é permeada por crenças e valores de caráter absolutamente subjetivos, que não são acabados nem estanques, e nem jazem imutáveis na letra da lei e do Código, mas ganham novo sentido e definição de acordo com o momento histórico e a sociedade em que se desenvolvem e os parâmetros de justiça que guiam o legislador e o intérprete do Direito.[116]

E, de acordo com a Constituição vigente, o fundamento a ser seguido e objetivo a ser perseguido, é a concretização de determinados princípios constitucionais, dentre os quais emerge com maior importância, e pedra angular da Constituição de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Tais valores passaram a ser contemplados nas cartas constitucionais após a Segunda Guerra Mundial como mandamentos que deveriam ser observados por todos, a fim de que representassem a consolidação de um Estado democrático que respeitasse seus cidadãos, independentemente de qual força política estivesse no poder. Assim, tais valores representam uma garantia jurídica de respeito aos direitos

---

[116]Luís Roberto Barroso (**Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.283), nesse sentido, esclarece que, apesar dos contornos subjetivos, não há que se esquecer das regras, contudo, são os princípios que auxiliarão o intérprete na busca de uma solução adequada e condizente com os valores do sistema, vale dizer, com os valores constitucionais. "O juiz não pode ignorar o ordenamento jurídico. Mas, com base em princípios constitucionais superiores, poderá paralisar a incidência da norma no caso concreto, ou buscar-lhe novo sentido, sempre que possa motivadamente demonstrar sua incompatibilidade com as exigências de razoabilidade e justiça que estão sempre subjacentes ao ordenamento."

dos cidadãos não somente sob o aspecto das liberdades e garantias individuais, mas também da promoção social e reestruturação do Estado social.[117]

A Constituição de 1988, inserida nesse contexto histórico, eis que construída dentro de um processo democrático após os anos de ditadura militar no Brasil, consagra, em seu artigo 1.º, inciso III, como fundamento do Estado brasileiro, a dignidade humana. Isso significa que, além de possuírem liberdade para atingir seu pleno desenvolvimento, devem ser asseguradas aos indivíduos e cidadãos as condições necessárias a uma existência digna.

O princípio da dignidade da pessoa estende-se pelo texto constitucional "através de um conjunto de outros princípios, subprincípios e regras, que procuram concretizá-lo e explicitar os efeitos que dele devem ser extraídos".[118]

Com a jurisdicização de tais preceitos, entende-se que todas as normas constitucionais são normas jurídicas e que todos os princípios nela contidos também o são, sendo alçados, portanto, à condição de norma. Essa é a idéia de Constituição normativa, explicada por Canotilho:

> A idéia de constituição em sentido normativo carece de mais alguns esclarecimentos. Embora alguns dos tópicos estejam já aflorados nas considerações anteriores, convém insistir em duas idéias básicas: (a) a constituição é um *conjunto de regras jurídicas* (normas e princípios) codificadas num *texto* ou cristalizada em *costumes* e que são consideradas *proeminentes* (*paramount law*) relativamente a outras regras jurídicas; (b) a constituição é um conjunto de regras jurídicas de valor proeminente porque estas são portadoras de determinados conteúdos aos quais é atribuído numa comunidade um *valor específico superior*. [119]

---

[117]"Sob a forma de normas princípios, os valores passaram a ser as idéias centrais das Cartas constitucionais (não apenas filosoficamente – como se esperava sempre tivessem sido – mas também juridicamente) e, *a fortiori*, dos Estados por elas organizados, independentemente do governo escolhido a cada momento." (BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.24).

[118]BARCELLOS, op. cit., p.28.

[119]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p.1114-1115.

Incontestável é a posição de superioridade hierárquico-normativa da Constituição em face das demais regras do ordenamento jurídico. Novamente recorre-se à lição de Canotilho para melhor explicitar de que forma essa superioridade constitucional é externada:

> (1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria *(autoprimazia normativa*); (2) as normas da constituição são *normas das normas* (*normae normarum*) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição.[120]

O reconhecimento de sua superioridade no sistema e da força normativa de seus princípios não significa, no entanto, que não haja resistência em sua aceitação. Ao contrário, basta perceber que a ressonância das novidades introduzidas pela Constituição de 1988 passou ao largo de muitos manuais de Direito Civil, eis que a manualística ainda demonstra certa aversão e insiste em enclausurar-se no sistema do direito privado retrógrado e obsoleto.

Contudo, ante o trabalho incessante da doutrina e a adoção de novas posições pela jurisprudência, essa compreensão, cada vez mais difusa do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, vem fazendo com que o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade seja reconhecido e a ele seja assegurada eficácia imediata nas relações de Direito Civil.[121]

Maria Celina Tepedino entende que a porta de entrada das normas jurídicas constitucionais no direito privado é a Lei de Introdução ao Código Civil, que

---

[120]CANOTILHO, op. cit., p.1331.

[121]TEPEDINO, Gustavo. Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____ (Coord). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.12.

em seu artigo 5.º remete-se aos fins sociais e às exigências do bem comum na aplicação do Direito. Desse modo,

> A leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores constitucionais", de modo que "a norma constitucional assume, no direito civil, a função de, validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais.[122]

São esses princípios gerais do Direito, que em nenhuma hipótese se confundem com aqueles princípios mencionados na Lei de Introdução do Código Civil, utilizados como subsidiários na ausência de norma adequada ao caso concreto, que garantem o funcionamento e a lógica interpretativa que fazem um sistema ser identificado como tal.

Ascensão[123] afirma que a unidade do sistema normativo é, em última análise, a unidade da própria ordem normativa de uma sociedade, que deve ser percorrida por princípios e orientações fundamentais que garantam essa unidade. "O Direito é para nós mais que uma série de regras", assevera.

São esses princípios que garantem que a ordem jurídica esteja sempre em contínuo movimento, porque uma ordem jurídica fundada somente em regras não poderia jamais acompanhar a sociedade que se dispõe a regular.

O sistema jurídico é um sistema aberto constituído por princípios e regras, de modo que compreendê-lo como algo estanque, insular, enclausurado, é fechar os olhos à realidade. Sua porosidade é evidente, mesmo por quem reluta em reconhecer a força normativa e aplicabilidade direta dos princípios. Nessa perspectiva, é possível entender que tanto as regras quanto os princípios são espécies normativas, de modo

---

[122]TEPEDINO, M. C. B. M., op. cit., p.29.

[123]ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p.332.

que quando se diz "norma" necessariamente deve-se pensar em regras e princípios, cujo conjunto forma o sistema jurídico.[124]

Barroso denomina as normas jurídicas constitucionais como normas-princípio e normas-disposição, e considera que entre elas não existe qualquer relação hierárquica[125]. Tal entendimento vai ao encontro do que esclarece Alexy:

> *Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen do que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que la reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aún cuando sean razones de um tipo muy diferente.*[126]

São apontadas por Canotilho[127] algumas diferenças entre as duas espécies de normas em razão: de seu maior ou menor grau de abstração, os princípios seriam normas com um grau de abstração relativamente elevado, já nas regras essa abstração é reduzida; de sua determinabilidade, eis que os princípios necessitariam de mediação do juiz ou do legislador e as regras seriam aplicadas diretamente; de fundamentabilidade no sistema de fontes do direito, dada a natureza estruturante e fundamental dos princípios no sistema jurídico, o que não ocorre com as regras.

---

[124]Nesse sentido: BARROSO, **Interpretação**..., op. cit.; CANOTILHO, op. cit.; ASCENSÃO, **O direito**...; ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997; BARCELLOS, op. cit.; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

[125]BARROSO, **Interpretação**..., p.150.

[126]ALEXY, op. cit., p.83.

[127]Tais diferenças encontram-se melhor explicitadas nas páginas 1144-1145 em Canotilho, Direito Constitucional. Nesse trecho da obra, afirma o autor que "Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optmização*, compatíveis com vários graus de concretização consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem, proíbem), que é ou não é cumprida".

A afirmação de que os princípios têm um grau mais elevado de generalidade tem sido o critério mais freqüente para a distinção entre as regras.[128]

Prosseguindo no trabalho de distingui-las, Canotilho assevera que nem sempre as regras são portadoras de conteúdo jurídico no sentido material, enquanto os princípios são considerados *standards* juridicamente vinculante situados nas exigências de justiça ou na idéia de direito.

Outra diferença reside na solução para a colisão entre dois princípios e entre duas regras. Havendo conflito entre princípios, necessária se faz a ponderação entre os valores envolvidos, pois ambos são válidos; o mesmo não ocorre com relação às regras, situação na qual a incompatibilidade não pode ser resolvida sem a exclusão de uma delas, gerando antinomia.

Nesse compasso, entende-se que as regras podem ter conteúdo instrumental somente; já os princípios sempre são portadores de valores, razão pela qual se consubstanciam em fundamento daquelas, constituindo mesmo a *ratio* das regras jurídicas.

Do cotejo de tais idéias, pode-se afirmar que os princípios constitucionais são normas que constituem os vetores da interpretação constitucional, em que o sistema jurídico vai buscar seu fundamento de validade, e nascente das demais normas jurídicas, que são as regras.[129]

---

[128]Na visão de Alexy (op. cit., p.86) *"...los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes"*. Ver também Barroso (Neconstitucionalismo..., p.31). "O reconhecimento de normatividade aos *princípios* e sua distinção qualitativa às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. *supra*). Princípios não são, como as regras, condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem."

[129]"O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações da ordem jurídica que institui." (BARROSO, **Interpretação**..., p.149).

Ana Paula de Barcellos[130] propõe um novo critério para a distinção entre princípios e regras, que não exclui os já existentes, mas que se volta aos efeitos que as regras e os princípios pretendem produzir, bem como aos meios aptos a alcançar esses efeitos.

Parte a autora da noção de que existem duas diferenças de base entre as duas espécies normativas, referentes à relativa indeterminação dos efeitos e a multiplicidades de meios para atingi-los.

Assim, os princípios produziriam efeitos relativamente indeterminados e aplicáveis em várias situações: o princípio da dignidade humana significa que as pessoas tenham uma vida digna, mas a forma de alcançar a vida digna envolve uma multiplicidade de fatores. As regras, por ser turno, são direcionadas a uma determinada situação.[131]

A segunda distinção, com relação aos meios, decorre da primeira. Os princípios estabelecem sua pretensão, para a qual concorrem inúmeros meios. Daí a conclusão: "Os princípios diferenciam-se das regras porque (i) seus efeitos são indeterminados a partir de certo ponto, ao contrário das regras, e/ou porque (ii) os meios para atingir os efeitos pretendidos pelo princípio (mesmo que estes sejam definidos) são múltiplos".[132]

Tal distinção, contudo, é o ponto de partida necessário para que se prossiga no estudo da imperatividade da adoção de uma principiologia ancorada em valores axiológicos próprios da Constituição na esfera das relações privadas, pois sendo os

---

[130]BARCELLOS, op. cit., p.51.

[131]"Uma primeira conclusão a que se pode chegar, portanto, é de que os efeitos que um princípio pretende produzir irradiam-se a partir de um núcleo básico determinado, semelhante, nesse particular, às regras. A partir desse núcleo, todavia, esses efeitos vão tornando-se indeterminados, seja porque variam em função de concepções políticas, ideológicas, religiosas, filosóficas, etc., seja porque há uma infinidade de situações não previstas, e a rigor indetermináveis, às quais seu efeito básico poderá se aplicar. É nesse espaço que a ponderação a que se fez referência acima, no tocante à diferença de aplicação entre regras e princípios, poderá desenvolver-se." (BARCELLOS, op. cit., p.53).

[132]BARCELLOS, op. cit., p.56.

princípios normas jurídicas positivadas, são portadores de efeitos concretos que devem ser garantidos pela ordem jurídica.

Seguindo na brilhante lição da mesma autora identifica-se que a eficácia dos princípios compreende três modalidades: a interpretativa, segundo a qual o princípio deve funcionar como um vetor interpretativo, tendo em vista as características de norma-princípio dos princípios constitucionais, bem como a superioridade hierárquica da Constituição; a negativa, que constitui o impedimento da prática de atos ou normas que se oponham ao princípio; e a vedativa de retrocesso, a fim de evitar que o legislador desconstrua o caminho empreendido na consecução dos objetivos do princípio[133].

No que respeita ao princípio da dignidade humana, esse caminho tem sua origem histórica na noção de direitos fundamentais, que primeiramente são situados como a garantia das liberdades individuais perante o Estado, e cuja concepção vai sendo dilatada na medida em que se passa a falar de gerações de direitos fundamentais.

Na perspectiva de oposição do indivíduo ao Estado e sua autoridade, a igualdade é tomada em sua dimensão formal, como liberdade negativa, constituindo um dever de abstenção do Estado. Essa abstenção tomava a forma de garantia um espaço privado em que este não poderia intervir, e que marcou a divisão entre as esferas pública e privada, cujo espaço privilegiado corresponderia à propriedade privada e ao contrato, e em igual medida também à família, como concretização de um dos valores máximos da modernidade: a liberdade.

O desenvolvimento da noção de direitos fundamentais rompe com as idéias que ligavam a propriedade à liberdade, colocando em seu núcleo a dignidade da pessoa humana, que passa a ser o fundamento de tais direitos, o que se torna mais evidente a partir do momento em que a Constituição de 1988 elege como seu fundamento a dignidade humana.

---

[133]BARCELLOS, op. cit., p.80-81.

Também o Estado abandona a característica de inimigo do povo, para assumir funções diretamente comprometidas com a proteção integral dos direitos fundamentais, que deixam de ser valores cujo respeito pelo Estado consistia na abstenção de violá-los; agora, o dever do Estado em relação aos direitos fundamentais clama por uma posição ativa, e é também compromisso com sua proteção e promoção.

Situa-se, portanto, na tutela constitucional desses direitos o ponto de inflexão entre os direitos fundamentais e o direito privado, redesenhando as instituições do Direito Civil, e atribuindo-lhes novo significado.[134]

A reconstrução do direito privado, com base nos valores representados pelos direitos fundamentais, parte da constatação de que a abstração e o hermetismo em que mergulhou o Direito Civil dificultaram sobremaneira a concretização da dignidade humana nas relações privadas, pois até então havia se ocupado somente da tutela do sujeito de direito coberto pelas vestes do sujeito proprietário.

Assim, "O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas é, talvez, o cerne da denominada constitucionalização do Direito Civil" na medida em que os direitos fundamentais abandonam seu caráter de liberdades públicas para adquirirem dimensão de disposições que exigem a ação do Estado.[135]

Cabe, entretanto, atentar para o alerta feito por Fachin e Ruzyk a respeito da armadilha que é a solução mecanicista na qual muitas vezes cai o intérprete ao enfrentar uma suposta incompatibilidade entre a estrutura conceitualista do Código

---

[134]FACHIN e RUZYK, op. cit., p.88. "Almeja-se evidenciar, à luz da teoria crítica que redesenha o Direito Civil na contemporaneidade, o influxo da dimensão axiológica e normativa da dignidade da pessoa humana nas relações que tradicionalmente edificaram os pilares do Direito Privado."

[135]FACHIN e RUZYK, op. cit., p.98. Os autores seguem afirmando que "O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento de todos os demais, também possui dupla dimensão, negativa e prestacional: negativa no sentido de que o Estado e os particulares têm o dever de se eximirem de ofensas a dignidade, em um ordem de idéias protetiva; prestacional na medida que há o dever de promoção da dignidade da pessoa".

Civil e a racionalidade protetiva da Constituição: a operação de subsunção do fato à solução preconizada pelo modelo da relação jurídica codificado.

As soluções devem ser buscadas no âmbito dos princípios constitucionais, com ênfase na

> necessidade de interpretação dos próprios direitos fundamentais de modo que não se corra o risco de transformá-los em modelos abstratos. A dignidade da pessoa humana não pode ser vista como mera proclamação discursiva, lida em uma dimensão de abstração.[136]

Caso contrário, corre-se o risco de transformar os princípios em elementos formais de solução de conflitos, por meio de uma interpretação que vê o sistema como um conjunto de soluções prontas e deixa de buscar a solução de problemas concretos dentre as melhores alternativas apresentadas. Ao se proceder dessa forma, a interpretação estaria obedecendo à mesma lógica anterior, da codificação, e não a da ordem principiológica constitucional.

Assim é que o princípio da dignidade humana, previsto na Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 5.º § 1.º, estabelece que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. E tal aplicação não se refere apenas ao âmbito público, eis que os direitos fundamentais não são mais apenas aqueles que delimitam o poder do Estado, mas, além disso, exigem uma atitude positiva do Estado e vinculam também os particulares em suas relações.

Nesse sentido a lição de Ingo Sarlet:

> Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, exerciam – ou, pelo menos, era concebidos desse modo, a função precípua de proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos no âmbito de sua esfera pessoal (liberdade, privacidade, propriedade, integridade física, etc),

---

[136]FACHIN e RUZYK, op. cit., p.110.

> alcançando, portanto, relevância apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, como reflexo da então preconizada separação entre sociedade e Estado, assim como entre o público e o privado, no assim denominado Estado Social de Direito tal configuração restou superada.[137]

A imperatividade de observância dos princípios constitucionais que versam sobre direitos fundamentais das pessoas é dirigida, pois, tanto ao Estado, em seus vários níveis e a todos os poderes, bem como aos entes privados e pessoas em geral, vinculando-os ao seu cumprimento. Tal fenômeno é denominado eficácia vertical dos direitos fundamentais quando se refere ao Estado, e eficácia horizontal no âmbito do direito privado, das relações entre pessoas privadas.[138]

Embora haja quem diga que essa vinculação ocorre de forma indireta, uma vez que os direitos fundamentais careceriam de mediação a ser realizada pelo legislador ou pelo aplicador do Direito no caso de existência de lacunas na lei, não nos parece ser esta a posição mais adequada, uma vez que os direitos fundamentais não reclamam tal mediação para ser aplicados com verdadeiro valor normativo nas relações interprivadas.

---

[137]SARLET, Ingo Wolfgang (Org.*).* **A constituição concretizada**: construindo pontes com o publico e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.117-118. Mais adiante, o autor assevera: "Da mesma forma, constata-se que os direitos fundamentais, na sua dupla dimensão objetiva e subjetiva também se fazem presentes – na esfera das relações entre particulares – tanto na condição de direitos a prestações (positivos) quanto na forma de direitos de defesa (negativos). Com efeito, tal se verifica quando as normas de direitos fundamentais impõem ao Estado deveres (gerais ou específicos) de proteção, gerando (e esta a dimensão prestacional) correspondentes posições jurídico-subjetivas (direitos à proteção), ainda que se possa discutir a respeito da força jurídica desses direitos. De outra parte, a função defensiva (negativa) se faz presente justamente na proteção da liberdade pessoal e demais bens fundamentais contra ingerências indevidas por parte dos poderes públicos e – o que mais importa nesse contexto – também agressões oriundas de outros sujeitos particulares." (p.158).

[138]Ingo Sarlet (**A constituição concretizada**..., p.109-110) explica que, enquanto a eficácia horizontal diz respeito à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares e da vinculação destes aos direitos fundamentais. "Assim, poder-se-á falar de uma eficácia de natureza 'vertical' dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado, sempre que estiver em questão a vinculação das entidades estatais (públicas) aos direitos fundamentais, em última análise, sempre que estivermos falando da vinculação do legislador privado, mas também dos órgãos do Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional no que diz com a aplicação das normas do Direito Privado e a solução dos conflitos entre particulares."

De qualquer sorte, inquestionável é que os direitos fundamentais vinculam não apenas a lei, mas geram um dever geral de obediência e a necessidade de que a interpretação das leis e dos atos particulares seja levada a cabo à luz da Constituição, por meio de "uma tábua axiológica de valor constitucional que informa a base do Estado Democrático de Direito, bem como o governo das relações privadas", como assegura Fachin.[139]

Esses valores preponderantes inseridos no corpo da Constituição e que servem de fundamento aos demais ramos do Direito espraiam seus efeitos e repercutem nos institutos de direito privado, que acabam por assumir características diversas daquelas tradicionalmente conhecidas.

> De qualquer modo, são visíveis as novas feições dadas aos institutos basilares do Direito Civil: a propriedade, outrora de caráter absoluto, adquire, com a Constituição, um conteúdo funcionalizado; nas relações contratuais é reconhecida a superação do dogma da autonomia da vontade, fundado em uma igualdade formal, afastada da realidade fática; quanto à família – que se revela sob forma plural – coloca-se como direito vivido e não mais como direito imposto e imaginário.[140]

No que diz respeito às titularidades, a Constituição brasileira de 1988 arrola a propriedade privada como um dos princípios da ordem econômica, ao lado da função social da propriedade, que também é princípio constitucional (art. 170, II e III), de modo a fazer com que o direito que outrora fora exercido com total liberdade e de maneira absoluta pelo proprietário encontre seus limites internos na funcionalização, que externaliza a sua vinculação à dignidade da pessoa humana. Opera-se, assim, o deslocamento do "ter" para o "ser".

---

[139]FACHIN, **Teoria crítica**..., p.35.

[140]FACHIN, **Teoria crítica**..., p.313.

A busca da dignidade da pessoa humana percorre um caminho, no direito privado, que passa pelo reposicionamento do sujeito na condição de pessoa, e não de proprietário, de modo que a propriedade deixa de atender a interesses meramente individuais e egoísticos para cumprir a sua função num sistema preocupado com a emancipação da pessoa.

Tanto assim é que, conforme nos ensina Gustavo Tepedino,

> A Constituição da República criou princípios fundamentais, em sua parte introdutória, os quais não teriam razão de existir não fossem para instrumentalizar todo o tecido constitucional a regras consideradas pelo constituinte como fundamentais, a formar uma espécie de parâmetro interpretativo para os demais preceitos, pressupostos de inteligência de todos os institutos previstos pelo Texto e dispostos em mesmo grau hierárquico. (...)
> A informação axiológica do conceito, por si misterioso e abstrato, é orientada pelos *princípios fundamentais da República*, que têm na *dignidade da pessoa humana* regra basilar fixada pelo art. 1.º da Constituição. O preceito deve ser interpretado em consonância com o art. 3.º, que fixa, entre os objetivos fundamentais da República, a erradicação da pobreza e da marginalidade, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.
> Vale dizer, é a própria Constituição, nos princípios e objetivos fundamentais da República, a determinar que a função social seja conceito vinculado à busca da dignidade humana e à redistribuição de rendas, através da igualdade substancial de todos.[141]

A função social da propriedade, elevada ao status de princípio, opera uma ruptura no conceito de propriedade existente até então, que, sob a ótica da dignidade humana, ganha dimensão diversa, de modo que o direito de propriedade não mais pode ser concebido da forma individualista e absoluta da modernidade, e sim a partir de sua função na sociedade, devendo ser exercido de acordo com a função social por ele assumida.

---

[141]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, p.73-78, abr./maio/jun. 1989. p.74-75.

Por fim, cabe mencionar que na esteira do que é preconizado pela Constituição de 1988, a novel legislação civil retratada no Código de 2002 (Lei n.º 10.406/02), embora distante da opção axiológica constitucional, reconhece, em seu artigo 2.034, parágrafo único, que a função social é princípio ao qual não podem se sobrepor qualquer outra norma de direito privado, reforçando aquilo que foi dito a respeito da força normativa dos princípios constitucionais de direitos fundamentais.[142]

[142]Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código **para assegurar a função social da propriedade** e dos contratos. (sem grifo no original)

CAPÍTULO 3

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: CAMINHOS PRETÉRITOS E RUMOS PRESENTES

Como todos os conceitos que não se pretendem estanques, mas que vão, ao longo do caminho, adquirindo novos significados, também a idéia de função social da propriedade percorreu determinados trajetos que levaram a compreendê-la tal qual a concebemos hoje, como um princípio constitucional que se insere no próprio conteúdo da propriedade.

Esse percurso vai desvelando o caminho em direção a novas formas de apreensão do Direito Civil, e de forma mais específica ao tratamento das titularidades, assumindo grande importância quanto aos possíveis modos de atribuir-se nova roupagem a velhos signos, como ocorre com a propriedade.

Emerge, nesse propósito de compreender a propriedade a partir de novéis significados, a idéia de função social da propriedade, própria do Estado de bem-estar social; forma de Estado esta que se caracteriza, entre outros, pela regulação da ordem econômica, intervindo nas estruturas que dizem respeito à produção e reprodução do capital.

Primeiramente, há que se afirmar que a função social da propriedade não significa a refutação da propriedade, pois acaba por se constituir verdadeira afirmação do próprio direito de propriedade. Todavia, a função social tem o objetivo de imprimir um significado diverso daquele até então conhecido pela doutrina tradicional e pelo direito herdado dos modernos, não sendo possível mais conceber a propriedade como um direito absoluto.

Nessa perspectiva, o próprio direito de propriedade estaria submetido à obrigação de cumprimento de determinada função social, vale dizer, o não cumprimento

de tal obrigação poderia mesmo constituir caso de não existência do próprio direito de propriedade.[143]

Essa é a construção que se vale da interpretação sistemática do ordenamento jurídico em face da Constituição, pois a função social é a razão pela qual o direito de propriedade é atribuído a um sujeito, como leciona Pietro Perlingieri:

> *Se Tizio ha avuto risconosciuta dall'ordinamento giuridico la proprietà di un certo bene e questa proprietà ha una disciplina inderogabile al di fuori dei porteri del titolare, al di fuori dell'autonomia privata, e in questa disciplina vi sono determinati obblighi di comportamento da parte del proprietário, significa che questi in tanto ha avuto dall'ordinamento giuridico quel diritto di proprietà in quanto rispetti quegli obblighi, in quanto rispetti la funzione sociale del diritto di proprietà. Se il proprietario rimane inadempiente e non si realizza la funzione sociale della proprietà, egli non è poi meritevole di tutela as parte dell'ordinamento giuridico: viene meno la stessa ragione della tutela, viene meno il diritto di proprietà.*[144]

A idéia de propriedade passa por significativa alteração com a introdução da função social: de direito subjetivo por excelência, passa a ser considerada uma situação jurídica complexa.[145]

---

[143]"Daí decorre que quando uma certa propriedade não cumpre sua função social, não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico. Vale dizer, que não somente os bens de produção, mas também os de consumo possuem uma função social, sendo por esta conformados em seu conteúdo – modos de aquisição e de utilização." (TEPEDINO, G., Contornos..., p.319-320).

[144]PERLINGIERI, **Introduzione**..., p.71. Tradução livre: "Se o ordenamento jurídico reconheceu a Tizio a propriedade de um certo bem e esta propriedade tem uma disciplina inafastável que se encontra fora dos poderes do titular, fora da autonomia privada, e nessa disciplina são determinadas obrigações de comportamento por parte do proprietário, significa que o ordenamento jurídico reconhece o direito de propriedade na medida em que essas obrigações forem cumpridas, na medida em que seja respeitada a função social do direito de propriedade. Se o proprietário permanece inadimplente e não se realiza a função social da propriedade, não é merecedor de tutela por parte do ordenamento jurídico: assiste-lhe menos essa mesma razão da tutela, assiste-lhe menos o direito de propriedade."

[145]GOMES, **Direitos reais**, atualizada por Fachin p.124: "A qualificação da propriedade como situação jurídica abrangente de direitos, obrigações, ônus não é suficiente, contudo, para a definição de princípio consubstanciado no conceito de função social, necessário que é, para possibilitar a sistematização de suas virtualidades."

Orlando Gomes parte da análise feita por Stefano Rodotà, para desenvolver seu raciocínio sobre o tema: "A partir do momento em que o ordenamento jurídico reconheceu que o exercício dos poderes do proprietário não deveria ser protegido tão-somente para satisfação do seu interesse, a função da propriedade tornou-se social", afirma.

Na lição do ilustre civilista, Stefano Rodotá[146] decompõe semanticamente a idéia de "função social", sendo que a função, dentro do conteúdo da propriedade, contrapõe-se à estrutura. Assim, o direito de propriedade guarda em si uma dimensão funcional e uma dimensão estrutural. Passa a analisar, então, o significado de função social.

A função manifesta-se, assim, em três sentidos: caracteriza-se por corresponder à privação de determinadas faculdades inerentes à propriedade, ao mesmo tempo em que constitui um complexo de condições para o exercício dos poderes proprietários e, ainda, uma obrigação de exercício de certos poderes do domínio. Ou seja, ao mesmo tempo em que condiciona, limita o exercício de determinadas faculdades próprias da condição proprietária, também obriga o exercício de outros poderes.

Já o termo "social" possui uma definição ainda mais complexa, pois não é mera contraposição ao individualismo, mas é um "critério de avaliação de situações jurídicas ligadas ao desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, para maior integração do indivíduo na coletividade."[147]

De fato, definir o que significa exatamente a função social da propriedade, bem como seu alcance, é tarefa das mais inquietantes.

Nesse compasso, Gustavo Tepedino leciona:

> A despeito, portanto, da disputa em torno do significado e da extensão da noção de função social, poder-se-ia assinalar, como patamar de relativo consenso, a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do

---

[146]Orlando Gomes, **Direitos reais**, p.125 cita Rodotà em Proprietà, verb. in Novissimo Digesto Italiano, v.14.

[147]GOMES, **Direitos reais**, atualizado por L. E. Fachin, p.125.

> domínio, inserindo-se em seu '*profilo interno'* e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um *'massimo sociale'*.[148]

Na mesma obra, o autor esclarece que a determinação do conteúdo da propriedade, em razão da radical alteração ocasionada pela função social em seu interior, dependerá de outros interesses não exclusivamente patrimoniais; de modo que a função social da propriedade também assume um caráter flexível, modificando-se de acordo com o estatuto proprietário, em consonância com os princípios constitucionais e com o caso concreto.[149]

De qualquer sorte, ainda permanece um questionamento acerca da função social: a propriedade seria, ou teria, uma função social? Essa é uma questão debatida por Perlingieri. Para ele, propriedade que tem função social permanece como uma situação subjetiva no interesse do titular, e que só ocasionalmente é investida na função social; a propriedade que é função social é atribuída ao proprietário não no interesse preponderante deste, mas no interesse coletivo:

> *Dal punto di vista logico indubbiamente c'è una differenza: si è detto che la funizione sociale caratterizza dall'interno la proprietà, la quale oltre ad essere un istituto è anche, nello stesso tempo, una situazione giurídica soggettiva.*
> *(...)*
> *È evidente la differenza strutturale e política que v'è tra la proprietà che 'ha' funzione sociale – ma che rimane pur sempre situazione giurídica soggetiva nell' interesse del titolare, il quale è investito di questa funzione sociale occasionalmente, nel senso che l'interesse prevalente sarebbe il suo – e la proprietà che 'è' funzione sociale: qui la situazione giurídica soggettiva 'proprietà' è attribuita al titolare non nel'interesse preponderante del titolare, bensì nell'interesse altrui sai pure superiore o collettivo; dunque is proprietario non sarebbe niente altro che funzionario.*[150]

---

[148]TEPEDINO, G., Contornos..., p.318-319.

[149]TEPEDINO, G., Contornos..., p.317-318.

[150]PERLINGIERI, **Introduzione**..., p.77-80. Tradução livre: Do ponto de vista lógico, sem dúvida há uma diferença: se é dito que a função social caracteriza essencialmente a propriedade, além de ser um instituto, é também, ao mesmo tempo, uma situação jurídica subjetiva.
(...)

São linhas tênues que separam as duas noções, mas a verdade é que os titulares de situações jurídicas subjetivas, atualmente, são ao mesmo tempo titulares de situações ativas e passivas, e de certo modo a propriedade acaba sempre sendo um dever, seja ele em relação ao sujeito que a detém, seja em relação à coletividade.

A propriedade que tem função social é um direito subjetivo do titular ocasionalmente investido na função social, enquanto a propriedade que é uma função social é aquela atribuída ao seu titular no interesse público ou coletivo.

Tendo como pressuposto essa análise, é possível afirmar que a função social não se confunde, portanto, com meras limitações incidentes sobre a propriedade, pois estas atingem o exercício do direito de propriedade, não a sua substância, enquanto aquela é autônoma e incide diretamente no conteúdo do direito de propriedade.

As limitações não constituem novidade no Direito, pois mesmo na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, consagrada a propriedade como direito absoluto, havia a previsão de que ninguém dela seria privado, exceto por necessidade pública, desde que legalmente reconhecida e mediante indenização.[151]

É evidente a diferença estrutural que política que há entre a propriedade que "tem" função social, mas que permanece sempre situação subjetiva no interesse do titular, o qual é investido dessa função social ocasionalmente, no sentido de que o interesse prevalente é o seu, e a propriedade que "é" função social: aqui a situação jurídica subjetiva "propriedade" é atribuída ao titular não no seu interesse preponderante, mas no interesse de outrem, seja esse interesse superior ou coletivo. Então o proprietário não seria nada mais que um funcionário.

[151]As limitações resultam da lei ou de princípios jurídicos e filosóficos superiores, é o que afirma Miguel Sanchez de Bustamante (**La propiedad**: limitaciones a la disposición jurídica según el régimen del código civil. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1947. p.21), para quem, desde a elaboração da Declaração de 1789 e do Código Napoleônico, havia a preocupação com o bem comum, de modo que existiam comandos que impediam o exercício do direito de propriedade de maneira antisocial: *"Fluye como se advierte la existencia de limitaciones impuestas expresamente por la ley o resultantes de principios jurídicos y filosóficos de calidade superior, que la regulan, obedeciendo al imperativo de que su uso responda igualmente a las necesidades de la comunidad, sociales, econômicas y políticas, y no unicamente al interes incontrolado, arbitrario, de interesado."*

Orlando Gomes[152] entende que a função social é a justificação dos limites, vínculos e ônus que incidem sobre a propriedade, e com eles não se confunde, embora compreenda que as leis restritivas sejam "expressão resumida" da função social da propriedade: "A diferença está em que as limitações atingem o exercício do direito de propriedade, não a sua substância, e em que só se justificam, se uma nova concepção do direito de propriedade é aceita".

Ainda sobre a principal diferença entre função social e limitações, cabe fazer menção à distinção feita por Cristiane Derani entre o princípio da função social da propriedade e as limitações do uso da propriedade privada: "Não se trata de limitar o desfrute na relação de propriedade, mas conformar seus elementos e seus fins dirigindo-a ao atendimento de determinações de políticas públicas de bem-estar coletivo".[153]

Nesse sentido, leciona Perlingieri:

> A função social predeterminada para a propriedade privada não diz respeito exclusivamente aos seus limites. A letra do art. 42 Const. estabelece que a lei determina os modos de aquisição, gozo e os limites com o objetivo de assegurar a sua função social, de maneira que esta última o conteúdo global da disciplina proprietária, não apenas os limites.[154]

Para o jurista italiano, se a função social fosse entendida como uma disposição de limites ao exercício do direito de propriedade, seu conteúdo seria incompleto, e bastaria sua retirada para que a propriedade voltasse a assumir os contornos absolutos e individualistas tradicionais. A função social da propriedade não pode restringir-se a comandos negativos, mas deve assumir um papel promocional:

---

[152]GOMES, Orlando. A função social da propriedade. Estudo em homenagem ao Prof. Dr. Ferrer Correia. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v.2, número especial, 1989. p.431-432.

[153]DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da "função social".**Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v.27, jul./set. 2002.

[154]PERLINGIERI, **Perfis do direito**..., p.226.

> Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (art. 2 Const.) o conteúdo da função social assume papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento.

Tais apontamentos sobre a função social da propriedade levam-nos, nesse ponto, a examinar a acepção da função social da propriedade numa perspectiva histórica, a fim de verificar qual o caminho empreendido até a sua concepção tal qual disposta na Constituição Brasileira de 1988.

Sob esse ponto de vista, a construção de uma idéia de função social da propriedade surge com León Duguit, no início do século XX. Merece transcrição o texto clássico, extraído da obra *Traité de Droit Constitutionel* em que explica no que consistiria tal função social, aqui emprestada da obra do Professor Orlando Gomes, em tradução dele próprio:

> A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a *função social* do detentor da riqueza imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.[155]

Pode-se dizer que seu pensamento traduz uma tentativa de superação do individualismo próprio da modernidade, para qual a liberdade é entendida como a possibilidade de se fazer tudo o que se queira, ou então nada fazer.

Transpondo tal concepção para o campo patrimonial, não se sustenta mais a idéia de que o proprietário pode utilizar seus bens da forma que melhor entender, ou mesmo deixar de utilizá-lo, pois pelo fato de possuir uma riqueza, tem o dever de bem utilizá-la. A propriedade privada, que Duguit em nenhum momento rechaça,

---

[155]GOMES, A função social..., p.428.

perde seu caráter de direito subjetivo do proprietário para transformar-se em função social daquele que a possui.

Em verdade, longe de guardar qualquer relação com os ideais socialistas, a função social acaba por garantir a legitimação do lucro no capitalismo, pois a propriedade continua a manter seu caráter privado, e os poderes a ela inerentes, ainda que deva obedecer e cumprir sua função social.

Não se olvide que, em 1891, a Igreja Católica edita a *Encíclica Rerum Novarum*, como forma de refutar as idéias marxistas já disseminadas e que mais tarde dariam sustentação à Revolução Russa de 1917, afirmando ser o direito de propriedade um direito natural, mas cujo exercício deveria ter como fundamento o bem comum, propondo que a liberdade contratual e o livre exercício do direito de propriedade deveriam sofrer limitações.[156]

Essas limitações, obviamente, seriam instituídas a fim de garantir a manutenção da propriedade privada e era uma proposta adequada à economia capitalista, pois ao fazer determinadas concessões, assegurava-se que o direito de propriedade, exercido dentro de determinados limites, seria mantido, em sua essência, incólume.

Na esteira disso, a Constituição de Weimar, de 1919, símbolo do novo Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) que nascia após a Primeira Guerra Mundial, representa marco importante na instituição da função social da propriedade como preceito dentro do capitalismo, pois, ao mesmo tempo em que a garantia, estabelecia que "a propriedade obriga", e seu uso deveria representar uma função no interesse social. A obrigação existente como contrapartida ao exercício do direito

---

[156]Alguns trechos da Encíclica ilustram tal afirmação: "A propriedade particular, já Nós o dissemos mais acima, é de direito natural para o homem: o exercício deste direito é coisa não só permitida, sobretudo a quem vive em sociedade, mas ainda absolutamente necessária (Santo Tomás, II-II, q.66, ª2)." O bem comum também está contemplado: "A própria natureza exige a repartição dos bens em domínios particulares, precisamente a fim de poderem as coisas criadas servir ao bem comum de modo ordenado e constante. Este princípio deve ter continuamente diante dos olhos quem não quer desviar-se da reta senda da verdade."

de propriedade acompanha, ao menos como discurso, todo o direito produzido no ocidente durante o século XX.[157]

Carlos Marés[158] faz um apanhado bastante relevante sobre o tratamento do tema oferecido pelas Constituições e leis infraconstitucionais de países latino-americanos acerca da compreensão do que seria a função social da propriedade e as conseqüências de seu descumprimento. Como exemplos paradigmáticos cita as Constituições do México, além de outros diplomas legais específicos da Bolívia e da Colômbia.

Aliás, a Constituição Mexicana de 1917, anterior à Constituição de Weimar, constitui um importante marco na estrutura do direito na América Latina, mais ainda do que a Constituição do Estado de bem-estar social alemã. Fruto da revolução camponesa mexicana, teve por mérito aprofundar a obrigação a que a Constituição de Weimar condicionou o direito de propriedade, indo além para rever o próprio conceito de direito de propriedade.

Para tanto, estabelece as condições ao exercício da propriedade privada da terra, afirmando serem as terras e as águas propriedades originariamente da Nação, que pode assim transmiti-las aos particulares, colocando às avessas a concepção da propriedade como um direito natural, tal como afirmada na Encíclica *Rerum Novarum*.

---

[157]Fabrício Pasquot Polido, em primoroso artigo (Ensaio: a constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da 'função social' dos direitos proprietários, texto inédito. In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981) explica: "Com relação à função social da propriedade, o artigo 153 da Constituição de Weimar primeiro estabelece a garantia e os efeitos vinculativos (*Bindungseffekte*) da propriedade privada, especialmente decorrentes da expressão 'a propriedade obriga' (*das Eigentum verpflicht*). O modelo ali adotado prevê que a propriedade possa ser objeto de desapropriação por meio de lei, sem eventualmente incluir direito de indenização. Na concepção de Weimar, a propriedade não admite uma abordagem individualista, inviolável ou sacralizada, pois submete o exercício pelo titular ao interesse da coletividade. Sobre isso, Otto Kirchheimer observa que, mesmo considerando formalmente a figura da função social da propriedade, a jurisprudência alemã acabou por justificá-la nos mesmos moldes do liberalismo clássico, invocando uma proteção absoluta que prescinde de um interesse centrado na alocação do bem estar social a que faz referência o artigo 153, a fim de julgar qualquer medida de limitação das pretensões do titular como ingerência 'indevida' do Estado na esfera de autonomia dos indivíduos."

[158]ver MARÉS, **A função social**..., p.92-110, em que o autor aborda de forma minuciosa a concepção de função social da propriedade nos diversos países da América Latina.

Como formas de intervenção na propriedade, reconhece a desapropriação mediante indenização somente por utilidade pública, e não reconhece como propriedade aquelas extensões de terra que não cumprissem os requisitos necessários ao seu exercício, motivo de intervenção estatal para regular o aproveitamento dos recursos naturais e a distribuição eqüitativa da riqueza. Também determina que cada Estado defina uma extensão máxima da propriedade rural, fracionando-se o excedente e vendendo de acordo com as necessidades agrárias da população. Observa Marés[159] que, na mesma época, o Brasil promulgava seu Código Civil, no qual a propriedade era tomada como valor absoluto.

A lei agrária boliviana de 1952, também fruto de luta revolucionária, haja vista ter sido elaborada no período da revolução encabeçada pelo Movimento Nacionalista Revolucionário (MNR) na Bolívia, buscou inspiração na Constituição Mexicana. Reconhecia a propriedade privada desde que esta cumprisse uma função útil para a coletividade nacional, desconsiderando a propriedade que descumprisse essa função, de forma tal que não cumprindo a sua função social, a terra deixava de ser propriedade.

Essa lei também definiu uma tipologia para a propriedade rural, de modo que tudo aquilo que não se encaixava em uma das seis categorias por ela estabelecidas (solar campesino, pequena propriedade, média propriedade, propriedade comunal indígena, propriedade agrária cooperativa e empresa agrícola), não era sequer considerado propriedade.

De modo bastante particular, define a legitimidade para ser proprietário (não conferida àqueles que impedem a distribuição justa e eqüitativa das terras entre a população rural, os latifundiários), tratando quais os usos são benéficos e quais são prejudiciais, reconhecendo que apenas o uso benéfico permite o reconhecimento da propriedade privada.

---

[159]MARÉS, **A função social**..., p.95.

A Constituição colombiana representa uma nova geração de constituições, elaborada, tal como a Constituição Brasileira, entre o fim da década de 1980 e início da década de 1990, numa perspectiva de realização da cidadania. O grande mérito da Constituição colombiana foi a introdução da representação indígena no processo constituinte; como resultado disso, as questões indígenas e ambientais ganharam destaque no texto constitucional.

A propriedade, por sua vez, é submetida ao interesse público ou social, isto é, seu exercício é condicionado à proteção dos direitos coletivos, sociais, o que significa dizer que não merece proteção, e sequer será indenizada em caso de desapropriação, aquela propriedade privada cuja utilização se dá em desconformidade com os direitos sociais e ambientais. A função social inscreve-se como essência da propriedade: nessa perspectiva, a propriedade é uma função social.

No Brasil, ainda que a preocupação com a função social da propriedade tenha sido introduzida a partir da Constituição de 1934, quando, em seu artigo 113, inciso 17, garante o direito de propriedade "que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar", ao remeter a matéria à regulamentação posterior, tornou o dispositivo sem eficácia. Além disso, tal Constituição teve vida curta, e na Constituição de 1937 tal preocupação foi suprimida.

Não obstante isso, costuma-se dizer que foi com a Constituição de 1946 que a função social da propriedade ingressa no sistema constitucional pátrio. Tal afirmação deve-se ao fato de que pela primeira vez encontra-se prevista uma verdadeira condição para o exercício do direito de propriedade, e um avanço na sua concepção, ao levar em conta conceitos como bem-estar social e justa distribuição, embora não utilize exatamente a expressão "função social da propriedade". Seu artigo 147 assim dispõe: "*O uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá, com justa observância do disposto no art. 141, § 16*[160], *promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos"*.

---

[160]Art. 141, § 6.º: "É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro...".

Todavia, é no Direito Agrário que se inicia a formulação da teoria jurídica da função social da propriedade, que, em verdade, é uma revisão da própria teoria do direito de propriedade, com base no que dispunha a Constituição de Weimar (quando dispõe que a propriedade obriga) e a Constituição Mexicana (subordinação da propriedade ao interesse comum).

A luta do direito agrário foi travada contra o não uso da propriedade, permeada pela concepção de que não é permitido privar outras pessoas da utilização de um bem destinado a produzir alimentos, em nome do direito de propriedade de alguém que sequer utiliza aquele bem.[161]

O Estatuto da Terra de 1964, elaborado em pleno período de ditadura militar, não ousou romper com o modelo proprietário estabelecido. Instituiu, é certo, critérios que deveriam ser observados para que fosse cumprida a função social da terra, mas não esclareceu a penalidade pelo não cumprimento de tais deveres, restando intacta a propriedade tal como consagrada no Código Civil de 1916: independente do mau uso, o proprietário permanece titular do direito.

Carlos Marés observa que o Estatuto da Terra não trouxe uma alteração do conceito de propriedade privada, limitando-se a estabelecer mecanismos de correção da injusta realidade agrária de nosso País, por meio de instrumentos que asseguravam,

---

[161]Afirma Marès (Direito agrário e meio ambiente. In: ESTERCI, Neide; VALLE, Raul Silva Telles do (Org.). **Reforma agrária e meio ambiente**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. p.41) que: "O Direito Agrário nasce sob o signo do uso adequado da terra, da produção, da ocupação, do fim da possibilidade do proprietário não utilizar sua propriedade, nasce com missão emancipatória porque é o único caminho para aplacar a fome de corrigir as distorções medonhas do sistema, nasce revolucionário, exigindo que o sistema jurídico permita que a generosidade da terra reparta seus frutos a todos. A primeira luta do Direito Agrário foi, então, contra o não uso da propriedade. Esta exigência corresponde a uma necessidade humana: não se pode admitir que a grande provedora de alimentos reste inerte enquanto alguém, por não lhe ter acesso, morra de fome."

em última instância, a propriedade como direito indiscutível e absoluto, ao estabelecer, por exemplo, a desapropriação mediante indenização.[162]

Confrontando o texto legal que consubstancia os requisitos para que a propriedade cumpra a função social, contidos no Estatuto da Terra[163], percebe-se já a presença da preocupação com a situação dos trabalhadores e com o meio ambiente; discussão que se relaciona com a questão da produtividade e da preservação dos recursos naturais, que permaneceu e desenvolveu-se com maior robustez na Constituição de 1988.

Após a entrada em vigor do Estatuto da Terra, a Constituição de 1967 preocupou-se com a função social da propriedade, introduzindo-a como princípio da ordem econômica e social.

Esse é o cenário em que figura a função social da propriedade até a Constituição de 1988. Não obstante a menção do uso social da propriedade, ou mesmo da função social da propriedade em outras Constituições brasileiras, a importância a ela atribuída não se assemelha à ruptura provocada pela Carta de 1988, em que a função social da propriedade é erigida a condição de princípio constitucional e de direito fundamental, provocando uma profunda alteração no conteúdo do direito de propriedade.

Esse percurso, todavia, não ocorre de forma linear. Vale dizer, o reconhecimento da função social da propriedade como princípio basilar do direito das titularidades

---

[162]Carlos Marés, em **A função social da terra** (p.108), compara a lei brasileira à lei boliviana, afirmando que esta alterou o conceito de propriedade agrária, ao desvinculá-la de qualquer idéia civilista e contratual, pois sua legitimidade provém do lucro, enquanto a lei brasileira mantém a legitimidade contratual, criando um novo tipo de contrato, público, que é a desapropriação, reafirmando o conceito liberal de propriedade.

[163]O artigo 2.º, parágrafo 1.º da Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964 dispõe que a propriedade fundiária cumpre sua função social quando: a) favorece, ao mesmo tempo, o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores e suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam.

não implica sua adoção imediata pelos aplicadores do Direito, ou em sua aceitação pela sociedade formada na concepção da propriedade como direito absoluto.

É nesse ponto que se constata o descompasso entre a doutrina e a prática das decisões judiciais, de primeira instância ou proferidas nos tribunais, sobre a teoria e a prática da aplicação da função social da propriedade, que acaba por tornar-se alvo de polêmicos debates.[164]

Como analisa Anderson Schraiber[165], ao comentar o acórdão que segue, o conteúdo ideológico da função social surge como uma ameaça à incolumidade do direito de propriedade:

---

[164]Notícia veiculada no sítio do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região (www.trf4.gov.br) em 16.01.2002, sob o título "TRF ordena desocupação da área invadida junto à BR 158", indica tal desconexão. Transcreve-se: O presidente da Turma Especial de Férias do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4.ª Região, desembargador federal Fábio Bittencourt da Rosa, ordenou hoje a desocupação da faixa de domínio da BR 158, na altura do quilômetro 332. A área, entre Santa Maria e Rosário do Sul (RS), foi invadida por aproximadamente 30 famílias. O Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) entrou com uma ação solicitando a reintegração de posse do terreno. A Justiça Federal de Santa Maria, no entanto, negou a liminar, destacando que a Constituição Federal assegura o direito à dignidade humana e coloca a erradicação da pobreza como objetivo nacional, postulados que já existiam também na Declaração Universal dos Direitos Humanos para garantia de um nível de vida considerado adequado. O DNER interpôs um agravo de instrumento contra essa decisão no TRF, que negou o pedido. Bittencourt da Rosa deu razão ao departamento, observando que as faixas de domínio das estradas são garantia de segurança para a população. "Não podem ser invadidas e loteadas, como no presente caso", afirmou o magistrado. Segundo ele, a lei assegura a reintegração de posse porque essa invasão "é violenta e injusta, desenhando um quadro de sério perigo à segurança pública". O presidente da Turma de Férias concordou que a tutela aos mais pobres constitui a finalidade da ação estatal, acrescentando que, por isso, existe toda uma legislação protetora no campo previdenciário e administrativo, inclusive no âmbito tributário, com isenções e o princípio da seletividade de alguns impostos. "Entretanto, um princípio genérico da Constituição não pode ter o efeito de neutralizar direitos fundamentais que o próprio texto constitucional garante, como é o caso da propriedade e da segurança do povo", alertou o desembargador. Bittencourt da Rosa ressaltou que a decisão recorrida baseia-se em opiniões pessoais que contrariam a legislação já consolidada no País, o que contribuiria para a desorganização do estado. Assim, ele suspendeu a negativa da liminar e determinou que a Justiça Federal de Santa Maria expeça o mandado de reintegração de posse e zele por seu cumprimento.

[165]SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.6, p.159-182, abr./jun. 2001. Trata-se de trecho do voto proferida por Min. Garcia Vieira, do STF, em sede de recurso especial n.º 32.222-8/PR, julgado em 17 de maio de 1993.

> Ninguém nega ao Poder Judiciário o direito de instituir parques nacionais, estaduais ou municipais, contanto que o faça respeitando o sagrado direito de propriedade assegurado pela Constituição Federal anterior (artigo 153, § 22) e pela vigente (artigo 5.º, inciso XXII). (...) O fato de o legislador constitucional garantir o direito de propriedade, mas exigir que ele atenda a sua função social (XXIII) não chegou ao ponto de transformar a propriedade em mera função e em pesado ônus e injustificável dever pelo proprietário.

No caso acima mencionado, a lide versava sobre a ingerência do Estado sobre o patrimônio privado, ao criar unidades de conservação sobre terras privadas, em homenagem à proteção ao meio ambiente, que na Constituição, em seu artigo 225, é alçado à condição de bem de uso comum do povo. O interesse em questão assume caráter coletivo, portanto.

Quando se trata de dar resposta às questões que envolvem o confronto entre particulares, no qual de um lado encontra-se o proprietário e de outro uma coletividade que busca ver assegurado seu direito à terra ou à moradia, o conteúdo ideológico das decisões ainda é mais evidente, ainda que muitas vezes encoberta por um pseudo-reconhecimento.

Toma-se como exemplo a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Pedido de Intervenção Federal n.º 15/PR. Trata-se de pedido de intervenção formulado pelo Juízo de Piraquara-PR em razão do descumprimento de ordem judicial concedida liminarmente em ação de reintegração de posse intentada pelos proprietários de um terreno ocupado por 80 famílias. Em sede de Embargos de Declaração, assim pronunciou-se aquela Corte:

> Não resta dúvidas de que a propriedade deve ter função social. Mas descabe ao Judiciário embrenhar por tais searas. Solucionar tais conflitos se acha unicamente nas mãos dos Executivos federal e estadual.[166]

---

[166]No mesmo Pedido de Intervenção Federal 15/PR, ao rechaçar os argumentos do Governador do Estado do Paraná, que argumentava a preocupação com o destino das famílias envolvidas e a intenção de evitar derramamento de sangue, caso promovesse a desocupação da área, o ministro Adhemar Maciel, relator do processo, em seu voto, assim se pronuncia: "Senhor Presidente, a questão não deixa de ser melindrosa por suas conseqüências. Se por um lado há sempre a possibilidade de confronto sangrento com os 'sem-terras', por outro, há mal maior, que é o

Em igual sentido, o acórdão proferido pela 19.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível n.º 70013469093, julgada em 04 de abril de 2006, em que os réus insurgem-se contra a decisão que determinou a sua retirada de imóvel particular. Nota-se que em seu corpo ainda são mencionados julgados que corroboram a decisão contrária aos ocupantes:

> (...)
> Passo a examinar a questão da função social da propriedade, bem com da aplicação do estatuto da cidade.
> É ponto assente, em todo o constructo doutrinário e jurisprudencial, que a propriedade, seja ela rural ou urbana, deve cumprir sua função social.
> Não se deve olvidar, porém, que a promoção da justa distribuição da propriedade ou do condicionamento do seu uso ao bem estar social recai exclusivamente ao Estado, como poder geral a ele conferido pela Constituição Federal.
> O Estatuto da Cidade – Lei 19.257/01, invocado pelos agravantes como supedâneo jurídico à invasão noticiada, dispõe de institutos legais próprios para se fazer cumprir a garantia constitucional.
> Cite-se, como hipótese específica ao caso dos autos, a Notificação para Ocupação Provisória (art. 5.º), pela qual a propriedade que não esteja atendendo à sua função social será objeto de desapropriação pelo Poder Público Municipal, se perpetuada a situação e depois de cumpridas determinadas formalidades.
> Infere-se, daí, que ao Poder Público é que recai a prerrogativa de realizar o controle da utilização racional da propriedade, dispondo de instrumentos eficazes para exercer a fiscalização e fazer cumprir as "*exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas"* (art. 39 da Lei 19.257/01).
> Quer isso dizer que o particular não pode arrogar a si essa faculdade legal pertencente ao Poder Público.
> Não lhe é permitido, sob a alegação de que se encontra escudado pelo Estatuto da Cidade, exercer, ele próprio, o controle da função social da propriedade e tomar as medidas que bem entender, sob pena de ingressar na esfera da ilegalidade.
> Entendimento em contrário poria em risco direitos subjetivos dos demais cidadãos, comprometendo a segurança jurídica e atentando, em decorrência, contra o próprio Estado de Direito, sobre o qual se esteia o regime democrático.

---

descumprimento de ordem emanada de autoridade legalmente constituída e através do devido processo legal. A omissão de autoridades, quer do Judiciário ou do Executivo, além de servir de incentivo para outras invasões no Paraná em outros Estados-Membros, como observou o eminente Ministro ATHOS GUSMÃO em seu foto na IF n. 1-PR, correríamos o risco de embrenharmos por uma situação de verdadeira anomia."

> Denote-se que o direito à propriedade, pilar de todo o direito privado, subsiste como garantia legal e constitucional do cidadão, o que impõe sua observância por todos, sem qualquer distinção.
> Nesse sentido vale mencionar os seguintes precedentes:
>
> *AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE.* ***HAVENDO PROVA NOS AUTOS A OCORRÊNCIA DE ESBULHO, SENDO ESTE RECENTE, MEDIANTE VERDADEIRA INVASÃO ORGANIZADA, DEMONSTRADO, DE OUTRO LADO, A POSSE ANTERIOR, QUE ERA EXERCIDA PELOS AGRAVANTES, ESTANDO A ÁREA CERCADA E AOS CUIDADOS DE PESSOA IDENTIFICADA, IMPÕE-SE A CONCESSÃO DA LIMINAR****. ÁREA QUE INTEGRA UM TODO, PERTENCENTE A SUCESSÃO DOS AGRAVANTES, ALVO DE PARTILHA, QUE NÃO PODE SER IDENTIFICADA COMO "ESTOQUE ESPECULATIVO DE TERRA EM ZONA URBANA." A NOÇÃO DE PROPRIEDADE PRIVADA SUBSISTE, JUSTIFICANDO A INDENIZAÇÃO PREVIA POR PARTE DO PODER PUBLICO E A IDENTIFICAÇÃO DO MAL USO PARA FINS DE DESAPROPRIAÇÃO. A RELEVANTE QUESTÃO POLÍTICO-SOCIAL NÃO PODE SER IGNORADA, MAS* ***ATOS DE INVASÃO DEVEM SER REPELIDOS, PORQUE ATENTATÓRIOS A ORDEM JURÍDICA VIGENTE****. AGRAVO PROVIDO. (AGI N.º 70000079004, VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL, TJRS, RELATOR: DES. JOSE AQUINO FLORES DE CAMARGO, JULGADO EM 19/10/1999)*
>
> *POSSESSÓRIA. LIMINAR. REINTEGRAÇÃO. PROVADOS OS REQUISITOS DO ARTIGO 927 E INCISOS DOS CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL CABÍVEL A REINTEGRAÇÃO LIMINAR DE POSSE, "****NÃO CONSTITUINDO O PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE JUSTIFICATIVA DE INVASÃO, A PERMITIR A REALIZAÇÃO DE JUSTIÇA PELAS PRÓPRIAS MÃOS****". (PRECEDENTE DO TRIBUNAL DE ALÇADA DE MINAS GERAIS). AGRAVO IMPROVIDO. POR MAIORIA. (9 FLS) (AGI N.º 70001037027, DÉCIMA OITAVA CÂMARA CIVEL, TJRS, RELATOR: DES. ILTON CARLOS DELLANDREA, JULGADO EM 29/06/2000)*
>
> Enfim, vinga o pleito reintegratório, na forma da lei adjetiva, impondo-se o improvimento do apelo.
> No mesmo sentido, o parecer do **parquet**.
> Do exposto, nego provimento ao apelo".

Em que pese a resistência dos intérpretes e aplicadores do Direito, que insistem em apegar-se aos padrões que jazem no passado, não há como negar que a disciplina da propriedade ganha nova roupagem na medida em que a sua função social adquire *status* diferenciado na Constituição de 1988. Ainda que persista o entendimento da propriedade como direito absoluto e um certo descompasso entre a construção teórica e a aplicação prática do princípio, não se pode deixar de mencionar a existência de decisões que vão ao encontro do espírito constitucional que rege a matéria, conferindo novo sentido à propriedade com o reconhecimento da força normativa do princípio.

No entanto, é mais facilmente identificada a sua aplicação em situações que implicam a solução de controvérsias individuais e que não configuram um problema social do que naquelas em que o confronto se estabelece entre uma coletividade e um proprietário de grande extensão de terra ocupada por esse grupo.

Com efeito, se analisarmos decisões acerca da prevalência do direito à moradia em questões que tratem da impenhorabilidade do bem de família, ou da validade de instrumentos particulares de compra e venda de bens imóveis não levados a registro, seguramente o princípio da função social da propriedade acaba por prevalecer, o que evidencia o forte componente ideológico das decisões tomadas em situações de conflito social. [167]

De todo modo, a alteração de significado do conteúdo da função social da propriedade é manifesta: do tratamento recebido na Constituição de 1967, em que sua importância era somente de princípio de ordem econômica e social – embora na Constituição de 1988 ainda permaneça como um princípio de ordem econômica – é elevada à condição de direito fundamental, prevista expressamente em seu artigo 5.º, que logo após dispor sobre a garantia do direito de propriedade (inciso XXII), estabelece que a propriedade atenderá a sua função social.

Ainda que seja alvo de merecidas críticas[168], dada a restrita importância com que abordou a matéria, não se pode olvidar que o novo Código Civil de 2002 também contemplou a função social, ao estabelecer que:

---

[167]A título de exemplo, veja-se RESP 644733/SC, DJU 28.11.2005 p. 197 e RESP 621399 / RS DJU 20.02.2006 p.207 sobre impenhorabilidade do bem de família e direito à moradia e, ainda, sobre a prevalência do princípio da dignidade humana em contenda envolvendo imissão na posse em imóvel que servia de moradia familiar, veja-se Agravo de Instrumento no processo 200404010577470/RS, Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, DJU 28.09.2005.

[168]Há que mencionar que nem mesmo o novo Código Civil Brasileiro, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, elaborado sob a égide da Constituição de 1988, não cometeu grande ousadia no que se refere ao tratamento do direito de propriedade, limitando-se, em seu artigo 1.228, a reescrever o caput do artigo 524 do Código Civil de 1916. Contudo, incluiu dispositivos que mais tarde serão analisados, e que demonstram não ter o Código passado completamente ao largo dos valores constitucionais.

> *O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que 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.*

Outrossim, vale a menção sobre o parágrafo único do artigo 2.035 do Novo Código Civil, que de modo expresso dispõe: *"Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, como os estabelecidos por este Código**,** para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".*

É uma demonstração, portanto, de que o novo Código encontra-se orientado no sentido constitucional cujo norte é dado pela função social da propriedade, a partir de 1988, de modo que estas considerações, à luz das tendências contemporâneas tratadas anteriormente, bem como a compreensão dos caminhos percorridos pela função social desde sua acepção original, são necessárias para que possamos compreender a superação do conceito único de propriedade.

É na Constituição de 1988, portanto, que se afirma e se situa o marco da consagração da função social da propriedade como princípio constitucional, incidindo sobre ela e rompendo com seu significado absoluto e individualista próprio da codificação, tendo como princípio norteador a dignidade da pessoa humana.

Ao contrário da transformação provocada pela modernidade, concretizada pela Escola Pandectista sob o formato de "propriedade", trata-se de reconhecer a multiplicidade das formas que as titularidades podem assumir. Numa sociedade reconhecida por sua complexidade, há que se falar em propriedades, ao invés de propriedade.[169]

No sentido inverso do movimento que fez a propriedade ser concebida de maneira monolítica, a reconstrução da noção plural do direito de propriedade tem

---

[169]VARELA, op. cit., p.732-733. "A *propriedade*, 'modelo antropológico napoleônico pandectista', consagração de uma visão individualista e potestativa, é apenas uma dentre as múltiplas respostas encontradas, nas múltiplas experiências jurídicas do passado e do presente, à eterna questão dos vínculos jurídicos entre homem e coisas. O termo singular, abstrato, formal, é inadequado para descrever a complexidade das múltiplas formas de apropriação da terra, que antecedem a formulação unitária e correspondente ao período das codificações."

como fundamento a sua função social compreendida como o um aspecto dinâmico e interno no direito de propriedade.

Essa multiplicidade pode referir-se tanto ao sujeito, conformando a propriedade não como um mero direito subjetivo, mas como "*una situazione giuridica soggetiva complessa*", na lição de Perlingieri[170], como também à relação ao estatuto proprietário que pretende regular.

Não significa dizer que a propriedade seja destituída do caráter de direito subjetivo, mas que sua percepção funcionalizada supera tal concepção como sendo a única possível. A partir dessa elasticidade do conceito de propriedade operada pela incidência do princípio da função social, outras perspectivas diferenciadas de regulação da propriedade são abertas.

Em relação aos estatutos proprietários, cabe afirmar que a Constituição de 1988, distinguindo duas situações, urbana e rural, dispôs de forma específica sobre cada uma, dedicando um capítulo específico à política urbana e outro à política agrícola e fundiária e reforma agrária[171].

Além de traçar dois estatutos proprietários distintos e sobre eles tratar de forma diferenciada, contemplando suas particularidades, abriu brechas para que fossem resguardas maneiras diferenciadas para o tratamento de suas modalidades coletiva e individual, como veremos adiante no caso da usucapião pró-moradia, que foi tratada de forma coletiva no Estatuto da Cidade, ou ainda quando dispõe sobre a pequena propriedade familiar rural.

No mesmo compasso da distinção entre os vários regimes da propriedade, tanto no que diz respeito às razões qualitativas quanto ao aspecto subjetivo, Perlingieri

---

[170]PERLINGIERI, **Introduzione**..., p.71.

[171]Como nota Gustavo Tepedino (Contornos..., p.307), "Os arts. 182 e ss. Da Constituição disciplinam a utilização da propriedade urbana no âmbito bem mais amplo da política territorial urbana. Na mesma linha, os arts. 184 e ss. Regulam a propriedade rural no capítulo dedicado à Política Agrícola e Fundiária e à Reforma Agrária. Pode-se notar a previsão de diversas disciplinas de acordo com a sua potencialidade econômica da propriedade, levando-se em conta a sua destinação."

afirma a importância de a disciplina da propriedade no nível constitucional distinguir entre os objetos sobre o qual incide o direito de propriedade (inclusive da diferença entre bens de produção e bens de consumo), bem assim como aos sujeitos e as relações que determinam se uma propriedade é pública ou privada.[172]

Reside aí a idéia que nos remete aos próximos passos deste trabalho: entender que a Constituição de 1988, ao dar um tratamento diferenciado à propriedade urbana, pretendeu tratar de forma coletiva e pública algo que até então se circunscrevia à esfera privada, vale dizer, o que era um problema de direito privado, de direito patrimonial, individual, passa a ser tratado numa perspectiva coletiva, de atingimento do bem comum, em razão do princípio da função social da propriedade, somado aos instrumentos que coíbem a especulação imobiliária e impelem o proprietário à sua correta utilização, de acordo com o plano diretor.

Ao prever que a propriedade urbana, especificamente, cumprirá sua função social ao atender ao disposto em uma regra de direito público, de configuração da cidade, como é o plano diretor, determinou que esse assunto ultrapassava as barreiras do direito privado de forma bastante evidente, e mais, deixou exposto o problema principal que aflige as cidades brasileiras, que é a questão da propriedade urbana e sua intrínseca ligação com o direito à moradia e o direito à própria cidade, que não se restringe apenas ao direito de propriedade.

É antes a concretização do direito à propriedade que determina toda a relação do sujeito com o espaço em que habita, trabalha, e estabelece relações com seus semelhantes.

É essa alteração de significação que dá todo sentido ao vôo ora empreendido, e que vai passar a tratar de alguns dos aspectos que envolvem a propriedade urbana e o processo de urbanização brasileiro, cuidando dos aspectos jurídicos que envolvem o tema, consubstanciado nas inovações mais importantes da legislação infraconstitucional

---

[172]PERLINGIERI, **Perfis do direito**..., p.218-219.

que evidenciam de forma concreta toda a ruptura teórica que procuramos demonstrar até esse momento.

A questão da cidade é vista sob a ótica de uma espacialidade peculiar, que é o espaço urbano, e faz com que a coisa em si – o direito de propriedade, a propriedade imóvel, o bem individual, a idéia do ter para si – tradicionalmente concebida de forma insular transforme-se em algo plural, no qual a dimensão do ser somente é coerente a partir do outro.

As situações concretas, sejam elas semelhantes ou díspares, se interpenetram e fazem com que aquele direito não mais se exerça de forma individualista, mas faça parte de um todo. A contingência que faz com que as realidades individuais estejam inseridas numa realidade coletiva para a qual o direito moderno não foi pensado e que o direito contemporâneo se vê compelido a abraçar.

PARTE III

PROPRIEDADE URBANA E RUPTURA DE PARADIGMAS NAS TITULARIDADES

CAPÍTULO 1

FUNÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO E CIDADE: LUZ E SOMBRA NA URBE

Todo aquele que, imbuído da pretensão de conhecer os contornos assumidos pela propriedade no direito brasileiro, debruçar-se sobre o Código Civil ou sobre os manuais certamente não terá condições de apreender todo o seu sentido e conteúdo.

A reformulação teórica da propriedade à luz do princípio da função social encontra-se expressa na legislação infraconstitucional, de modo especial naquela produzida sob a égide da Constituição de 1988, e projeta-se de formas tão diversificadas que permitem afirmar com grande margem de certeza que o conteúdo da propriedade transborda a moldura a que foi cingida na modernidade.

Especificamente no que diz respeito à propriedade urbana, a sua função social prevista no artigo 182 da Constituição, em conjunto com as leis de cunho ambiental, formam um arcabouço de normas que garante configuração própria ao estatuto proprietário urbano e que decorre de uma preocupação cuja realidade é visível e palpável, além de problemática: o crescimento das cidades e a forma com que tal processo vem ocorrendo.

A cidade, as estruturas que a compõem, sua organização e planejamento são temas que permitem, e têm permitido ao longo da história, diversas aproximações por parte de vários ramos da ciência, como a sociologia, que se debruça sobre as transformações sociais decorrentes da urbanização; a arquitetura e a engenharia, preocupadas com a planificação urbana e a organização das cidades; as ciências da saúde, em função dos problemas sanitários surgidos por força do processo da concentração da população na espacialidade urbana e da sua configuração como

uma obra coletiva e complexa constituída de coisas e pessoas cuja dinâmica vai alterando seus significados de forma permanente e contínua[173].

No Direito, a preocupação com a cidade vem de poucos anos, pois apenas a partir dos anos 40 e 50 a dinâmica urbana passa a ganhar importância. Do ponto de vista constitucional, todavia, antes de 1988 nenhuma outra Carta Constitucional havia se inclinado sobre o problema, cujas discussões foram incrementadas a partir de meados da década de 1980, durante o processo constituinte.

O direito urbanístico, construção recente e surgida do crescimento da população urbana no País, vem estabelecer as formas de organização dos espaços públicos, também dispondo sobre a adequada utilização da propriedade privada e eventuais limitações que devam sobre elas incidir.[174]

Ante toda a construção teórica sobre a qual se alicerça este trabalho, que assume de forma inequívoca a posição do estudo do Direito numa perspectiva crítica, não há como se entender possível que o Direito Civil mantenha-se como assegurador da propriedade privada absoluta – um de seus pilares intangíveis até então – na medida em que a Constituição determina que a propriedade atenderá sua função social.

Essa determinação faz com que o direito público e o direito privado se interpenetrem, criando uma zona de interseção entre eles, que é precisamente o que

---

[173]ROLNIK, Raquel. **O que é cidade?** São Paulo: Brasiliense, 2004. p.18 assinala que: "A arquitetura da cidade é ao mesmo tempo continente e registro da vida social: quando os cortiçados transformam o palacete em maloca estão, ao mesmo tempo, ocupando e conferindo um novo significado para um território; estão escrevendo um novo texto. É como se a cidade fosse um imenso alfabeto, com o qual se montam e desmontam palavras e frases."

[174]Segundo Ângela Costaldello (A propriedade privada, o urbanismo e as parcerias público-privadas: transformações e perspectivas. In: **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA**, Belo Horizonte, Ano 1, n.1, p.2509, jan./fev. 2002), esclarece que: "O direito urbanístico, no Brasil, é disciplina de construção recente, e por também as constituições anteriores não continham dispositivos sobre o assunto. Não havia preocupação com o urbanismo, qualquer que fosse o alcance de sua acepção: estético, ordenador do solo, planejamento das vilas ou a mais básica infra-estrutura para prestação dos serviços públicos.. Isto se justifica pela absoluta desnecessidade de atentar para estes fatos àquela época: a população era reduzida e o espaço sem limitações."

constitui o interesse do presente trabalho, pois é na cidade que tais realidades se confrontam e, paradoxalmente, devem conviver.

Não se pretende desenvolver maiores considerações acerca do significado assumido pela cidade na história da civilização, por não residir nesse ponto o objetivo basilar da presente investigação. Porém, antes de adentrar propriamente na questão constitucional que envolve a propriedade urbana, elaborar-se uma síntese sobre o *locus* da problematização, a fim de se situar a discussão da propriedade urbana no direito brasileiro.[175]

Contudo, sem olvidar das dimensões política, histórica e sociológica, entre outras, sob cujos ângulos poder-se-ia estudar o tema, tomou-se como base teórica os fundamentos sobre a propriedade e sua função social, de modo que, no presente trabalho, a idéia de cidade a ser adotada focaliza seu aspecto jurídico, as normas – regras e princípios – que compõem o arcabouço de sua regulação, em que pese a consciência de que a sua realidade extrapola a sua existência jurídica.

Embora seja premissa deste trabalho a afirmação de que o Direito não é algo estanque, mas poroso e aberto à interdisciplinaridade, não constitui objeto da pesquisa ora empreendida analisar os aspectos históricos, políticos ou sociológicos do espaço urbano, e os significados por ele assumidos na história da humanidade, e

---

[175]A título de ilustração, é válido citar trecho de artigo de autoria de Guilherme Wisnik publicado no periódico Folha de S. Paulo (Ur, de urbano. 01 maio 2006. Caderno Ilustrada, p.2), ao afirmar que "A idéia de cidade está por trás de muitos conceitos fundamentais que orientam a sociedade. Um exemplo clássico é a palavra 'política', que em grego antigo está ligado à cidade (polis), como noção de 'cidadania'. Mas sempre me invoquei com uma outra coincidência envolvendo a definição de cidade: a semelhança dos nomes Ur e Uruk, que designam as primeiras cidades de que se tem notícia, construídas na Mesopotâmia por volta de 3.200 a.C., com o radical da nossa palavra 'urbano' do latim 'urbe'. Não é curioso que a partícula silábica 'ur', que nomeia as terras do profeta Abraão e do lendário herói construtor de cidades Gilgamesh, e que tem a simplicidade de um grito primal, esteja incluída em palavras como urbe e burgo?". O autor então informa ter descoberto que a partícula "ur" associa-se, no germânico e no mesopotâmico, à idéia de origem, de onde, para ele, "A partir de um caminho associativo chegaríamos a cidade como metáfora da condição humana, em sua engenhosidade edificante, ritual. Condição que também é trágica, pois as cidades, assim como os homens, estão sujeitas ao ciclo de vida e morte. Sentindo que está por trás das 'cidades invisíveis' de Ítalo Calvino, das 'cidades inventadas' de Ferreira Gullar, assim como de inúmeros contos de Borges."

sim o tratamento dispensado à propriedade, especificamente no que diz respeito a uma realidade para a qual a modernidade não estava preparada, que é a realidade urbana e sua natureza coletiva.

Raquel Rolnik utiliza a metáfora do imã para afirmar que a cidade funciona como um pólo de atração de pessoas, antes mesmo de tornar-se local permanente de trabalho e moradia, e que assim é desde a antigüidade, em que o templo configurava o centro dessa atração, e que posteriormente passa a ser reorganizada em função do mercado, para logo em seguida sofrer influências do processo de industrialização, o que demonstra seu constante movimento e redefinição, num processo vivo e atual.

A comparação é útil para recordar que viver em cidades implica sempre e necessariamente viver de forma coletiva:

> Na cidade nunca se está só, mesmo que o próximo ser humano esteja para além da parede do apartamento vizinho ou num veículo no trânsito. O homem só no apartamento ou o indivíduo dentro do automóvel é um fragmento de um conjunto, parte de um coletivo.[176]

Partindo dessa afirmação, a moldura da propriedade pensada na modernidade, e que figura em nossos Códigos, é por demais estreita e insuficiente para lidar com situações surgidas na contemporaneidade, embora os conflitos decorrentes de tais transformações ainda estejam sendo tratados com os mesmos instrumentos tradicionais e na mesma ótica da modernidade.

Numa perspectiva que se pretende crítica, há que se entender a cidade como espaço público de exercício da cidadania, cujo objetivo deve ser o bem viver dos cidadãos, e o Direito Civil norteado por princípios constitucionais, com especial relevo o princípio da dignidade humana, não se permite passar ao largo dessas questões, pois a concepção da propriedade individual e absoluta que por tanto tempo imperou, produziu efeitos concretos sobre a concepção das cidades e sua

---

[176]ROLNIK, op. cit., p.19.

forma de organização excludente e voltada à satisfação dos interesses do capital financeiro especulativo.[177]

O princípio da função social da propriedade urbana, portanto, conecta-se diretamente ao exercício da cidadania que, por sua vez, se traduz na forma como a cidade é pensada: ou como espaço de emancipação do sujeito e de sua realização plena, que requer o direito à moradia, ao transporte público de qualidade, aos espaços de lazer e convivência, aos equipamentos urbanos adequados e à participação nas decisões coletivas, ou como o espaço de realização de interesses meramente proprietários.[178]

Nesse contexto de cidade e cidadania, a propriedade abandona seu aspecto puramente individual, para inserir-se numa dimensão coletiva, em que a situação de cada pessoa se reflete na vida de outra. É possível afirmar, então, que aí reside a insuficiência da concepção monolítica do direito de propriedade produto do pensamento moderno.

Essa idéia reafirma-se a partir do momento em que a Constituição brasileira de 1988 estabelece a distinção entre dois estatutos proprietários: o rural e o urbano. A preocupação com a cidade ganha relevo, o que já não era sem tempo, uma vez que a maior parte da população brasileira atualmente reside em núcleos urbanos,

---

[177]Rolnik (op. cit., p.54) explica que no decorrer do século XVII há uma reviravolta na definição do poder urbano do Estado, em função das relações capitalistas, sendo evidente sua tendência a favorecer a acumulação do capital nas mãos de determinados grupos. "Por outro lado, como o próprio espaço urbano se torna campo de investimento do capital, a pressão da classe capitalista sobre a ação do Estado se dará no sentido de este beneficiar a maximização da rentabilidade e retorno de investimentos. Desde logo, assim se define a forma de ocupação da terra urbana: dividida em lotes geométricos, facilmente mensuráveis para que a eles se possa atribuir o preço. A lógica capitalista passa a ser então um parâmetro essencial na condução de uma política de ocupação da cidade, que se expressa também na intervenção do Estado."

[178]Ângela Costaldello (op. cit., p.2510), afirma que a introdução da preocupação com a temática "propriedade urbana" na seara constitucional nasceu da Subcomissão da questão urbana e transporte, da Assembléia Nacional Constituinte, tendo tomado relevo "...a preocupação com a denominada 'propriedade urbanística', caracterizada pela descoberta de que o contexto em que está inserida extrapola, em muito, o interesse privado do seu titular...".

tendo o País eminentemente agrário de meados do século XX ingressado no século XXI como um país preponderantemente urbano.

Depreende-se daí que a importância da cidade no estudo das titularidades como um dos pilares do direito privado, numa perspectiva contemporânea e crítica do Direito Civil, é hoje inegável. A procedência de tal afirmação é verificada, de início, tomando-se como ponto de partida o fato de que o espaço urbano representa o local de vida e trabalho de mais de 137 (cento e trinta e sete) milhões de pessoas em nosso País.

Os dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística)[179] confirmam a realidade de transformação do Brasil em um país eminentemente urbano, demonstrando que a década de 1970 constituiu o marco do processo de sua urbanização de forma tal que, se no início do século XX a população urbana representava cerca de 10% da população brasileira, no final do século, 80% da população do País habitava nas cidades.[180]

---

[179]Todas as informações citadas no presente trabalho, versando sobre estatísticas populacionais, foram retiradas da página do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística na Internet (www.ibge.gov.br), em especial em consulta ao sistema SIDRA (Sistema IBGE de Recuperação Automática).

[180]Transcreve-se trecho da análise dos resultados da Sinopse Preliminar do Censo Demográfico 2000, e que explicita a realidade demográfica do País no século XX e início do século XXI, disponível para consulta no sitio www.ibge.gov.br: "De acordo com os resultados do Censo Demográfico 2000, a população urbana é 4,3 vezes maior que a população rural, confirmando, para o total do País, uma tendência iniciada na década de 60, quando o efetivo urbano ultrapassou o rural. Esse fato refletiu, basicamente, o fenômeno que teve início na Região Sudeste na década de 50 e que somente atingiu as demais regiões na década de 70, quando a população urbana na Região Sudeste já era 2,7 vezes maior que a população rural. (...) O Censo Demográfico 2000 mostrou, no País, a continuidade do processo de diminuição do volume da população rural ocorrida entre 1991 e 2000, na ordem de 4,0 milhões de pessoas. Essa redução deveu-se às perdas populacionais rurais para áreas urbanas ocorridas em todas as Grandes Regiões."

E ainda, sobre a urbanização, "Os números do Censo Demográfico 2000 confirmaram a tendência crescente de aumento da urbanização no Brasil. A partir de 1950, o Brasil deixa de ser um país de características rurais para caminhar no sentido de um país mais urbanizado, quando a expansão do parque industrial do Sudeste, particularmente do Estado de São Paulo, passa a atrair uma grande massa de população migrante originária de áreas de estagnação econômica do Nordeste. No contexto mundial, o Brasil apresenta um grau de urbanização nos padrões dos países europeus, da América do Norte e Japão, superior a 75,00%. Regiões como a Ásia e África continuam sendo as menos urbanizadas (grau inferior a 40,00%). O acréscimo de 26,8 milhões de habitantes urbanos resultou no aumento do grau de

Buscando suporte nas informações oficiais, é forçoso concluir que o número de habitantes nos núcleos urbanos cresce a cada dia, como uma conseqüência, entre outros fatores, do processo de industrialização da agricultura que causa o êxodo rural, somado à promessa ilusória de uma vida próspera na cidade.

O crescimento das cidades é marcado pela periferização e segregação das populações com menor renda e não tem outro resultado que a proliferação de assentamentos humanos informais, vale dizer, a periferia, que resta àqueles que não ascendem às benesses da cidade legalizada, morando em favelas, mocambos, alagados e loteamentos clandestinos[181], e que agudizam a profunda desigualdade social num quadro repetido na quase a totalidade das cidades brasileiras.

> No Brasil, entre fatores determinantes da segregação socioespacial destacam-se: crescimento da população urbana; limitação à oferta de terra; restrições ambientais impostas por legislação; novas lógicas para localização de centros comerciais. A combinação desses fatores está produzindo uma dupla dinâmica: de um lado, a *guetificação* da elite, que se instala em conjuntos residenciais fechados, horizontais ou verticais, em terrenos com amplas áreas livres para lazer; do outro lado, a concentração de população de baixa renda em áreas mal servidas por infra-estrutura e, em geral, irregulares sob o ponto de vista da propriedade da terra.[182]

---

urbanização, que passou de 75,59% em 1991, para 81,23% em 2000. Esse incremento foi basicamente em conseqüência de três fatores: do próprio crescimento vegetativo nas áreas urbanas, da migração com destino urbano e da incorporação de áreas que em censos anteriores eram classificadas como rurais. A maior parcela de incremento populacional urbano correspondeu, sistematicamente, ao longo dos últimos anos, à Região Sudeste, que, entre 1991 e 2000, absorveu 38,17% desse incremento. É importante destacar que o nível de urbanização nas Regiões Sudeste, Centro-Oeste e Sul atingiu patamares bastante elevados, enquanto nas Regiões Norte e Nordeste, cujos níveis ainda estão um pouco abaixo de 70,00%, o incremento vem se dando gradualmente."

[181]Gislene Pereira (Novas perspectivas para gestão das cidades: estatuto da cidade e mercado imobiliário. **Desenvolvimento e Meio Ambiente: Cidade e Sustentabilidade**. Curitiba, n.9, p.78, jan./jun. 2004) esclarece a questão que encerra a valorização da terra urbana: "Os diferentes valores (traduzidos em preços) assumidos pela áreas urbanas implicam em uma distribuição espacial da população de acordo com a capacidade desta em arcar com os custos de localizações específicas. Essa é a razão da existência na cidade de áreas onde predominam grupos sociais homogêneos, do ponto de vista da renda. As áreas mais bem localizadas e, portanto, mais caras, são ocupadas pela população de maior renda, restando à parcela de menor poder aquisitivo a ocupação de áreas de menor preço, geralmente com restrita acessibilidade a bens e serviços urbanos."

[182]PEREIRA, G., op. cit., p.79.

No mesmo sentido pronuncia-se o mestre do direito urbanístico Ricardo Pereira Lira, ao considerar que não somente o aspecto quantitativo da ocupação do solo urbano deve ser analisado, mas também o qualitativo; análise esta que passa pela constatação de que vários são os fatores para que esta ocupação se dê de forma inadequada, entre eles o crescimento vegetativo da população e o assentamento dessa população de forma desordenada,

> assentamento da população na Cidade não apenas de forma desordenada, mas iníqua, realizando-se esse assentamento sob o domínio da chamada segregação residencial, por força da qual às chamadas populações carentes e de baixa renda são destinadas as periferias do espaço urbano, *em condições as mais dilacerantes*, recebendo as áreas de rendimento mais alto a concentração dos maiores benefícios líquidos das ações do Estado.[183]

Na esteira de tais constatações, identifica também o professor Ricardo Lira que uma das causas da segregação atende pelo nome de especulação imobiliária: a partir do momento em que a terra emerge como bem passível de ingresso no mercado, tendo sido mesmo cunhada a expressão "mercado imobiliário", sua acumulação passa a ostentar posição central na dinâmica do crescimento da cidade. A respeito do movimento de periferização causada pela concentração da terra urbana nas mãos de poucos proprietários, a espera de valorização, pronuncia-se Raquel Rolnik:

> O que acabamos de descrever fundamenta a existência da chamada 'especulação imobiliária': alguns terrenos vazios e algumas localizações são retidas pelos proprietários, na expectativa de valorizações futuras, que se dão através da captura do investimento em infra-estrutura, equipamentos ou grandes obras na região ou nas vizinhanças. Isto provoca a extensão cada vez maior da cidade, gerando os chamados 'vazios urbanos', terrenos de engorda, objeto de especulação.[184]

Além disso, o planejamento executado da maneira técnica e pouco sensível às necessidades de toda a população exclui quem se encontra fora da moldura

---

[183]LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de direito urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.157.

[184]ROLNIK, op. cit., p.64.

estabelecida pelas normas e que determinam o que é oficial e o que se encontra na marginalidade. As regras estabelecidas para tanto buscam fundamento no racionalismo instrumental clássico, não por coincidência fruto do pensamento moderno, que adquire, nos séculos XIX e XX uma feição de racionalidade organizadora, operacional.[185]

> O projeto normalizador dos equipamentos coletivos é apenas uma das instâncias onde o Estado atua como produtor e conservador de normas, isto é, modelos homogêneos de cidade e cidadãos impostos ao conjunto da sociedade como regra. Assim, ao mesmo tempo que para os equipamentos de saúde há o indivíduo saudável, para a legislação urbana há a casa saudável, o bairro saudável. As casas e bairros de nossas cidades só podem ser construídos se obedecerem a um certo padrão, completamente adaptado à ocupação capitalista da terra e à micropolítica familiar burguesa. A reprodução infinita do projeto-padrão na cidade reforça a norma. Assim, para o planejamento urbano, as favelas e áreas de invasão, assim como os cortiços e os quintais, são habitações subnormais. Geralmente, o que o planejamento urbano chama de subnormal, a polícia chama de marginal e o povo em geral de má vizinhança, que desvaloriza o bairro.
> (...)
> Evidentemente para quem mora ali essa é a melhor maneira de conseguir morar em uma cidade cara e segregada. Isto implica em ter de assumir a condição de não-cidadão, estigmatizado por se desviar da norma.[186]

Nesse cenário, a dificuldade de acesso à terra urbana projeta-se como fator determinante das desigualdades no processo de urbanização brasileiro, especialmente no tocante ao direito à moradia, agora elevado à condição de norma constitucional. A propriedade fundiária divide as cidades em guetos de exclusão e ilhas de bem-estar, permanecendo ainda como principal bandeira dos que lutam pela concretização do direito à cidade e à cidadania.

A cidade considerada legal, dentro dos parâmetros do planejamento e da boa técnica, impele seus "subcidadãos" a viverem além das fronteiras da legalidade,

---

[185]Henry Lefebvre (**O direito à cidade**. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2001. p.22-23) afirma que diante da realidade caótica da cidade, impõe-se, na ótica do racionalismo tecnicista, uma necessidade estratégica e ideológica de organização, o mito de que o planejamento exclui os problemas decorrentes da complexidade do espaço urbano, de modo que há que se buscar a coerência do sistema: "O racionalismo vai instaurar ou restaurar a coerência na realidade caótica que ele observa e se oferece à sua ação."

[186]ROLNIK, op. cit., p.67-68.

de modo que não seja possível viver senão em áreas situadas em zonas onde a legislação impõe restrições à ocupação e à construção, por serem impróprias à habitação em razão da insalubridade, ou por motivos ambientais, ou ainda porque se configuram propriedade privada à espera de valorização.

Formam-se assim os bolsões de pobreza, periféricos e marginais, que gravitam na periferia da cidade nuclear, oficial, abraçada e protegida pelo Direito.

As políticas de planejamento urbano até então foram estabelecidas de forma desvinculada do quadro socioeconômico predominante no País, sendo, portanto, inadequadas às necessidades essenciais das pessoas, levando à inevitável realidade de que na ausência de regras adequadas, a maior parte do crescimento das aglomerações urbanas acaba por ocorrer sem a observância de regras.

Não é infundado afirmar que mesmo a ausência de planejamento constitui um modo de planejamento, que atende a determinados interesses que não os das pessoas que vivem nas cidades. Mais uma vez, a aparente neutralidade de que se reveste a omissão revela-se uma opção pelo discurso proprietário dominante, uma vez que os proprietários dos imóveis urbanos sempre foram considerados os protagonistas do planejamento.

A segregação territorial imposta pela legalidade acaba por determinar a relação entre a violência e o *habitat*, de forma que a ilegalidade não se circunscreve somente ao espaço, mas se estende para os demais aspectos da vida. Em regiões ocupadas ilegalmente, a ilegalidade urbanística também convive com a ilegalidade na resolução de conflitos: não há lei, não há julgamentos formais, não há Estado. A exclusão é um todo: social, econômica, ambiental, jurídica e cultural.[187]

---

[187]Cabe recordar a experiência de Boaventura de Sousa SANTOS, vivida na favela do Jacarezinho no Rio de Janeiro – a qual ele denominou de Pasárgada, tendo em vista serem aqueles tempos de ditadura militar – em que ele bem descreve a diferença entre o direito do morro e o direito do asfalto, surgido em razão de um problema comum que une os habitantes dos espaços tidos como ilegais, qual seja, a moradia: "A favela é um espaço territorial cuja relativa autonomia decorre, entre outros fatores, da ilegalidade coletiva da habitação à luz do direito oficial brasileiro. Essa ilegalidade coletiva condiciona de modo estrutural o relacionamento da comunidade enquanto tal com o aparelho jurídico político do Estado brasileiro. No caso específico de Pasárgada, pode detectar-se a vigência não-oficial e precária de um direito interno e informal, gerido, entre outros, pela associação de

A condição de ilegalidade e marginalidade das populações de baixa renda se desvela principalmente na forma com que o Direito e a sociedade tratam as ocupações de terras ou imóveis urbanos; situações em que as pessoas envolvidas são tratadas como verdadeiros criminosos, tanto pelos proprietários, que requerem a reintegração de uma posse muitas vezes inexistente, como pelo poder estatal, consubstanciado nas decisões judiciais e nas ações da polícia militar que cumpre os mandados de reintegração de posse.[188]

---

moradores e aplicável à prevenção e resolução de conflitos no seio da comunidade decorrentes da luta pela habitação". (SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). Introdução crítica ao direito., Brasília: UnB, 1993. v.1. (Série O direito achado na rua)).

[188]Alguns fatos servem a ilustrar a abordagem do problema do acesso à terra como "caso de polícia": com bombas de gás lacrimogênio e *spray* de pimenta, policiais militares desocuparam no dia 16 de agosto de 2005 um prédio particular invadido por cerca de 300 pessoas (entre elas 110 crianças) na região da Luz (centro de São Paulo), num confronto que durou cerca de 30 minutos, resultando em 20 sem-teto feridos, entre eles 5 menores, além de 3 policiais militares e 1 repórter e 1 cinegrafista da Globo, estes atingidos por bombas de gás lacrimogênio. Também 20 pessoas foram detidas. A Polícia Militar negou que tenha havido exagero na operação e afirmou só ter usado os meios necessários ao cumprimento da ordem judicial. Esse não é um caso isolado, mas soma-se a outros, como o recente e emblemático episódio da desocupação de uma grande área em Goiânia, a que os moradores haviam denominado Sonho Real, sem poder prever que o sonho se transformaria em pesadelo. No dia 25 de novembro de 2004 foi concedida liminar de reintegração de posse e requisitada força policial para retirar 3 mil famílias de um terreno com cerca de 27 alqueires por elas ocupado, e que estaria supostamente destinado à construção de um condomínio para a classe média alta. Durante 15 dias, de 31 de janeiro a 16 de fevereiro, a PM preparou uma operação denominada "Operação Inquietação", cuja tática era amedrontar os moradores, montando barricadas, ateando fogo a pneus e, vez ou outra, utilizando bombas de gás lacrimogênio e armas de fogo. Ao final, numa operação denominada Triunfo, que sucedeu a operação Inquietação e que custou aos cofres públicos cerca de R$ 1,5 milhão, mobilizou um efetivo de 2.500 homens, todas as casas foram derrubadas, os moradores tiveram todos os seus pertences destruídos e queimados, e foram abrigados em dois ginásios de esporte, em péssimas condições de higiene e alimentação. Foram presas 800 pessoas. Oficialmente ocorreram duas mortes, mas afirma-se que mais pessoas desapareceram. E ainda mais recente é o fato ocorrido no dia 23 de agosto de 2005, onde a reintegração de posse de um imóvel no centro de Recife transformou o local em praça de guerra durante as quase cinco horas em que policiais militares confrontaram-se com trinta e dois sem-teto, entre os quais dez mulheres e seis crianças, durante o cumprimento de uma ordem judicial de reintegração de posse do prédio que havia sido ocupado quatro meses antes. O saldo: alguns feridos, e cinco sem-teto autuados pelos crimes de formação de quadrilha, resistência à ordem judicial e à prisão, desacato, incitação ao crime, lesão corporal, e por danificar e incendiar o prédio.

Vale relembrar a analogia feita por Fachin[189] entre os espaços urbanos centrais, onde a cidadania é exercida e a periferia é o lugar para onde a população "indesejada" é forçada a deslocar-se e habitar, dada a forma pela qual o Direito trata a realidade que transborda de suas fronteiras: coloca-a à margem e não a reconhece como verdadeiro Direito.

Nesse compasso, não se pode aceitar a existência do que está fora das muralhas criadas pela Lei: há que se planejar, dizem os tecnocratas do planejamento urbano inebriados pelo mito de que a cidade planejada e normalizada não apresenta problemas. Resta saber a quem serve tal planejamento divorciado da realidade do ser humano.

Inevitável constatar que os ideais da modernidade também se espraiam pela técnica adotada no planejamento das cidades que abstrai os problemas inerentes à sua concretude e se esconde sob o mito da perfeição, típica da abstração e da racionalidade instrumental. O mito do planejamento seduz os defensores de uma planificação presa à lei fria e à técnica pura e camufla a ideologia existente por detrás do discurso técnico.[190]

A exclusão das realidades diversas quer no Direito, quer na cidade, não pode servir como suporte de um Direito que se pretende crítico e inserido no contexto de sua existência, e essa compreensão passa pela ruptura com vários dogmas seguidamente repetidos.

---

[189]FACHIN, A cidade...

[190]LEFEBVRE, **O direito à cidade**, p.99. "A mesma racionalidade que pretende ser global (organizadora, planificadora, unitária e unificante) se concretiza ao nível analítico. Ela projeta a separação para a prática. Tende (como nos Estados Unidos) a se compor de guetos ou *parkings*, como os dos operários, o dos intelectuais, o dos estudantes (o campus), ou os dos estrangeiros, e assim por diante, sem esquecer o gueto dos lazeres ou da 'criatividade', reduzido à miniaturização e aos trabalhos manuais. Gueto no espaço e gueto no tempo. Na representação urbanística o termo 'zoning' já implica em separação, segregação, isolamento nos guetos arranjados. O fato torna-se realidade no projeto."

Evidente, pois, que a questão que envolve a cidade e a propriedade urbana é um exemplo do deslocamento de paradigmas no que diz respeito à propriedade absoluta própria da modernidade em direção a uma compreensão constitucional do tema, que transita pela função social da propriedade e pela configuração dada à questão urbana na Constituição de 1988.

Não se trata de mera discussão patrimonial de cunho eminentemente teórico, mas de sua repercussão concreta na sociedade, por meio do estudo que adota determinada opção axiológica, qual seja, a orientação principiológica constitucional que tem como fim último a dignidade da pessoa humana.

É colocado em destaque o problema da titularidade, na medida em que, como foi dito, a propriedade urbana não é uma questão que se encerra na teoria, mas traz em seu bojo a exclusão, a ausência de moradia adequada, a precariedade dos equipamentos urbanos, a necessidade de sustentabilidade das cidades e qualidade de vida de seus habitantes. Trata-se de tornar o espaço urbano um espaço mais democrático, humano e acessível a todos, promovendo a dignidade da pessoa e a igualdade em seu aspecto substancial.

Anteriormente foi afirmado que a partir da Declaração de 1789 a propriedade passa a ser concebida como corolário da liberdade, para ser livre, o homem, sujeito abstrato, deve dispor de um mínimo de patrimônio (bens móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos). No entanto, essa liberdade formal é insuficiente para compreender a complexidade da vida real.

Podemos, então, fazer uma transposição contextualizada dessa afirmação para a contemporaneidade: se a liberdade dos modernos correspondia à liberdade abstrata contida na possibilidade de estabelecer relações de cunho patrimonial entre iguais, a liberdade material consiste na possibilidade de exercício da cidadania e pressupõe que a pessoa concreta tenha condições de satisfazer suas necessidades

básicas, a partir da satisfação dos direitos garantidos pela Constituição de 1988, e sem os quais não se pode falar em existência digna.[191]

Não à toa foi reconhecido textualmente na Constituição de 1988, por meio da Emenda Constitucional n.º 26, o direito à moradia, cuja existência, numa interpretação axiológica da Carta Constitucional, norteada pelos princípios da dignidade humana, da função social da propriedade e da função social das cidades, encontrava-se anteriormente implícita[192].

A preocupação do Direito não mais se circunscreve ao sujeito individual (como, por exemplo, João, morador em tal lugar), mas abrange a sua condição como cidadão inserido na coletividade à qual se deve garantir o direito à moradia.

Esse reconhecimento consolida a visão de que o ser humano, e não o sujeito de direito abstrato, encontra-se no centro do ordenamento e alterando profundamente a cultura jurídica ancorada no pensamento oitocentista, porque estamos a tratar de um sujeito específico, com necessidades concretas, e que vive em outro espaço, que é a cidade.

Invocando o fenômeno da repersonalização do Direito Civil, ao lado da despatrimonialização, compreende-se que o papel principal dessa história passa a ser desempenhado por outros atores cuja existência reclama o direito de ter acesso aos bens e serviços necessários à sua dignidade.[193]

---

[191]FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2001. p.21-22. "A garantia de um patrimônio mínimo conecta-se com a superação da compreensão formal dos sujeitos. Funda-se na dignidade da pessoa para apreendê-la, concretamente, na realização de necessidades fundamentais".

[192]Considerando que os direitos e garantias individuais não são apenas aqueles previstos no artigo 5.º da Constituição Federal, cujo rol é meramente exemplificativo, tal inovação acabou por consagrar expressamente mais um dos direitos sociais, vinculando o legislador, o administrador e o julgador.

[193]LEFEBVRE, **O direito à cidade**, p.107. "Portanto, é na direção de um novo humanismo que devemos tender e pelo qual devemos nos esforçar, isto é, na direção de uma nova práxis e de um outro homem, o homem da sociedade urbana."

E se o ponto de partida das idéias que permeiam o presente trabalho é o destaque à impossibilidade de sobrevivência de uma concepção única de propriedade, da constatação de que a propriedade na Constituição brasileira de 1988 é apreendida não como conceito monolítico, senão como vários estatutos proprietários, de modo que não se poderia mais falar em propriedade, mas sim em propriedades.[194]

Isso porque a Carta Constitucional inovou na maneira com que passou a tratar da propriedade, estabelecendo uma dicotomia entre propriedade rural e propriedade urbana, conferindo-lhes contornos próprios e alçando-as, cada uma delas, à condição de um estatuto proprietário bastante particular contido em dois capítulos distintos dentro do texto constitucional.[195]

A função social da propriedade, destarte, além de ser tratada como princípio da ordem econômica (art. 170, III) e figurar no rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5.º, XXIII), tem seu conteúdo especificado nos dispositivos que tratam dos dois estatutos proprietários mais relevantes de que a Constituição se ocupa, nos quais são traçadas condições distintas para a verificação da função social em razão do espaço, seja ele urbano ou rural.

Se para a propriedade rural são estabelecidos determinados requisitos necessários ao cumprimento da sua função social[196], o mesmo ocorre com a

---

[194]Essa conclusão é ancorada nas obras de Stefano Rodotá (**Il terribili diritto**: studi sulla proprietá privata. Bologna: Il Mulino, 1981), Pietro Perlingieri (**Introduzione**..., op. cit.), Paolo Grossi (**A propiedad**..., op. cit.), Gustavo Tepedino (A nova propriedade..., op. cit. e Contornos..., op. cit.) e Luiz Edson Fachin (**Teoria crítica**..., op. cit.).

[195]O Título VII do texto da Constituição de 1988 cuida Da Ordem Econômica e Financeira, contendo quatro capítulos, entre os quais um específico para a política urbana (Capítulo II) e outro para a política agrícola e fundiária e da reforma agrária (Capítulo II).

[196]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.

propriedade urbana, contudo, de maneira diferenciada, ao remeter ao plano diretor tal incumbência.

> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes.
> § 1.º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.
> § 2.º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. (grifei)
> § 3.º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.
> (...).

De início, há que se notar que o tratamento dispensado à propriedade urbana revela a preocupação com questões de natureza coletiva nunca antes erigidas à matéria constitucional: ao dispor que a política urbana deve ter como objetivo "*ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*", estabelece que o espaço urbano deve ser planejado em razão do ser humano que nele habita, em profunda conexão com o princípio geral que permeia a Constituição, que é a dignidade humana.

Mais ainda, que essa dignidade encontra-se no bojo da vida em sociedade e que a coletividade emerge como uma nova configuração da idéia de sujeito de direito, substituindo a concepção individualista da modernidade.

Isso demonstra que a propriedade urbana deve atender ao interesse coletivo, ultrapassando a esfera privada de quem detém sua titularidade, sob pena de ser atingida por uma série de sanções que, aos poucos, desvelam a necessidade de que essa propriedade esteja em condições de atender um bem maior. Tais sanções encontram-se dispostas no mesmo artigo 182 da Constituição:

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

> I - parcelamento ou edificação compulsórios;
> II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
> III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Vale dizer, as sanções previstas, ao serem aplicadas, voltam-se ao objetivo de determinar o uso da propriedade de maneira compulsória, ou o seu perdimento, mediante a sanção de desapropriação, em nome do bem-estar da coletividade. Tal afirmação é possível ao se cotejar a previsão constitucional com o diploma legal que veio regulamentar seus dispositivos.

A regulamentação dos preceitos constitucionais, todavia, ocorreu apenas treze anos após a promulgação da Constituição, por meio da edição da Lei Federal n.º 10.257 de outubro de 2001, conhecida como o Estatuto da Cidade, lei que contém em seu corpo uma série de princípios e diretrizes de inspiração nitidamente constitucional, como o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o direito a cidades sustentáveis, buscando concretizar, por meio de instrumentos que repercutem diretamente sobre o direito de propriedade, o "*uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo*".

Como acima transcrito, dispõe o texto constitucional que a função social da propriedade urbana será cumprida quando forem atendidas as exigências dispostas no plano diretor, sob pena de incidência das penalidades previstas nos incisos do parágrafo 4.º, I a III, deste artigo.

Tais sanções, a serem impostas pelo Poder Público municipal, de forma sucessiva, são o parcelamento e edificação compulsórios, o imposto predial e territorial urbano (IPTU) progressivo no tempo e desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública resgatáveis em até dez anos.

Contudo, esses instrumentos, previstos para compelir o proprietário a dar destinação adequada ao seu imóvel urbano, em razão do contido no parágrafo 4.º do artigo 182 da Constituição, não poderiam ser implementados sem intermediação

da legislação infraconstitucional, eis que reclamavam regulamentação por meio de lei federal.

Porém, não foi curto o caminho percorrido da promulgação da Constituição de 1988 à regulamentação de tais dispositivos, ao contrário, foi permeado por intensas discussões e embates entre as forças políticas interessadas em ver contemplados seus interesses: movimentos sociais, universidades, políticos, administradores públicos, profissionais de diversas áreas do conhecimento, a indústria da construção civil e representantes do capital imobiliário tomaram parte em uma das mais acirradas disputas que passaram pelo Congresso Nacional, fato que se constata ao se observar que o primeiro projeto de Lei apresentado nesse sentido data de 1990.[197]

Com esse pano de fundo, entra em vigor, em outubro de 2001, a Lei n.º 10.257/01, o Estatuto da Cidade e que, não obstante a existência de leis anteriores tratando da propriedade imobiliária urbana, pode ser considerada a primeira lei no Brasil que tem por objetivo a regulação federal para a política urbana praticada no País.

Cumpre mencionar que a Lei n.º 6.766 de 19 dezembro de 1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, embora tenha constituído um avanço na época em que a urbanização ainda era fenômeno recente na realidade brasileira, limitou-se a prever normas de caráter urbanístico e técnico, seguindo exatamente a

---

[197]BRAGA, R.; CARVALHO, P. F. (Orgs.). **Estatuto da cidade**: política urbana e cidadania. Rio Claro: LPM-IGCE-UNESP, 2000. p.83-113. "O projeto, de autoria do falecido senador Pompeu de Souza, foi apresentado ao Senado em 1989 (PLS 181/89), sendo aprovado e encaminhado à Câmara do Deputados no ano seguinte. Na Câmara, o Estatuto da Cidade tramita lentamente até 1997, quando consegue sua primeira aprovação, na Comissão de Economia, Indústria e Comércio (CEIC), na forma de substitutivo. No ano seguinte, logra nova aprovação (novamente em forma de substitutivo), pela Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias (CDCMAM). Em dezembro de 1998, o projeto chega finalmente à Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior (CDUI), a última das comissões de mérito a analisar o projeto Nesta comissão, o projeto consegue aprovação, na forma de substitutivo, em dezembro de 1999. Após sua aprovação na CDUI, o projeto foi encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Redação – CCJR – para análise de seus aspectos jurídicos e constitucionais, onde foi aprovado por unanimidade, em novembro de 2000."

mentalidade de utilização racional do solo urbano vigente à época, desvinculado das reais necessidade de seus destinatários.

É uma legislação fundamentalmente técnica que estabelece normas para a utilização do espaço, mediante o loteamento e o desmembramento de glebas, assim como a previsão dos equipamentos necessários à sua conformação e configuração (traçados, medidas, serviços públicos, espaços comunitários, entre outros).

Seguindo na lógica constitucional, o direito à propriedade imobiliária urbana é assegurado desde que cumprida a sua função social segundo o estabelecido pela legislação urbanística (Estatuto da Cidade, plano diretor, entre outros), informada pela principiologia axiológica de índole constitucional que a inspira e que dela é parte constitutiva.

Do exame dos parágrafos 1.º e 2.º do artigo 182 da Constituição percebe-se que o plano diretor assume posição central no que diz respeito à aferição da função social da propriedade, constituindo, no dizer do artigo 40 do Estatuto da Cidade, "*o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana*".

De imediato, uma indagação, que se infere da análise do dispositivo constitucional que confere ao plano diretor a incumbência de estabelecer de que forma a propriedade urbana atende à sua função social, diz respeito à limitação da exigência do plano diretor para cidades com mais de vinte mil habitantes.

Tal limitação poderia mesmo constituir um óbice à verificação do cumprimento da função social de determinado imóvel, caso ele se encontrasse em um município que contasse com menos de vinte mil habitantes e, por essa razão, fosse dispensado da elaboração de plano diretor.

Não comungamos desse entendimento por não parecer que esteja em consonância com a principiologia de ordem constitucional que deve guiar a interpretação, eis que, aceitando ser esta a *mens legens*, logo se chegaria à conclusão de que o princípio da função social da propriedade não poderia incidir com força de norma, mas constituiria mero preceito destituído de força cogente, o que implicaria não reconhecer a

relevância da função social da propriedade tal qual estabelecida na Constituição, ora como princípio geral da ordem econômica, ora como direito fundamental.

Nessa perspectiva, o plano diretor não pode ser a única forma de aferir o cumprimento da função social de um imóvel urbano, pois para além da observância dos princípios constitucionais e outras normas infraconstitucionais que dispõem sobre o uso da propriedade há que se considerar que mesmo nos municípios que, do ponto de vista formal, não possuem uma lei específica cujo *nomen iuris* é "plano diretor", existe um conjunto de leis que exercem a função de regulação do planejamento urbano, estabelecendo as exigências fundamentais de ordenação da cidade e delineando os contornos da função social da propriedade urbana.[198]

Sob tal ótica, poder-se-ia afirmar que a propriedade urbana estaria obrigada ao cumprimento de sua função social a ser aferida a partir do atendimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade contidas nessa legislação.

Assim, na hipótese de completa ausência de plano diretor e de legislação que fixe as exigências fundamentais de ordenação da cidade, uma construção passível de fazer sentido sem esvaziar o conteúdo da função social da propriedade seria entender que todas as normas contidas na Constituição tecem uma trama complexa na qual a função social da propriedade encontra-se sempre presente.[199]

---

[198]Menciona-se, ainda, o fato de ter o Estatuto da Cidade (art. 41, I a V) ampliado o rol de situações em que o plano diretor apresenta-se como obrigatório, prevendo que as cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, ou naquelas onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4.º do art. 182 da Constituição Federal (edificação ou parcelamento compulsório, IPTU progressivo e desapropriação), aquelas integrantes de áreas de especial interesse turístico e ainda naquelas que estejam inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

[199]Jacques Távora Alfonsin (A função social da cidade e da propriedade privada urbana como propriedades de funções In Betânia Alfonsin e Edésio Fernandes, Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade, 41 a 79), dedicando-se à análise da questão, pronuncia-se em igual sentido: "Entendimento contrário transformaria o meio em fim, dando ao tijolo, que não distingue valor de uso nem de troca, poder independente da mão, consagrando-se erro denunciado por Eros Roberto Grau: '... não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços'. Para o que nos interessa, aqui, isso significa que, se o art. 182, § 2.º, aponta o Plano Diretor como o instrumento básico da disciplina da função social do direito de propriedade, o art. 5.º, inciso XXIII, por estar inserido

Nesse contexto de descobertas é possível afirmar que o arcabouço de normas formado pelos princípios e regras contidas na Constituição, no Estatuto da Cidade e mesmo no Código Civil de 2002 – com toda a crítica que a ele se faça – possibilita a consolidação da idéia de que a propriedade absoluta e individual dos Códigos encontra-se superada, e que, diante de tal alteração de paradigmas, o sujeito abstrato da modernidade transmuta sua condição para tornar-se pessoa concreta, caminhando em direção a sua emancipação.

Além de ter alçado o plano diretor ao posto de mais relevante instrumento da política urbana, a Constituição criou outros instrumentos concretos, que configuram meios de sanção ao descumprimento da função social da propriedade, no artigo 182, § 4.º, I, II e III. São eles o parcelamento ou edificação compulsórios; o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo – IPTU – e a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, que tendo sido previstos no texto constitucional, foram incorporados e receberam tratamento específico no Estatuto da Cidade.

O primeiro deles, denominado parcelamento ou edificação compulsórios, consiste na obrigatoriedade de uso do solo e tem como objetivo fazer com que os imóveis urbanos sejam utilizados de forma adequada, dentro dos prazos e das condições estabelecidos por lei municipal específica.

Tal instrumento afigura-se de extrema importância na promoção do desenvolvimento urbano, pois a razão de impelir o proprietário ao uso adequado da terra urbana não tem outra finalidade senão evitar a concentração imobiliária especulativa.

Embora a forma com que é tratado na Constituição indique a existência de um único instrumento, cumpre esclarecer que parcelar é gênero do qual lotear e desmembrar são espécies de redivisão do solo urbano, inferindo-se do texto da Lei

---

no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, adverte qualquer intérprete de que existe precedência de vinculação adequada da propriedade urbana, sob a chave de leitura das condições de eficácia daqueles direitos, grande parte deles, como se sabe, em crise permanente de efetividade material, justamente por se encontrarem em conflito com o direito de propriedade."

n.º 6.766/79 que a diferença entre lotear e desmembrar, de maneira superficial, se refere à abertura de novas vias e logradouros públicos, ou modificação dos já existentes, que ocorre na primeira espécie, mas não na segunda.

Edificação, por sua vez, assume o sentido de construção, como obra executada pelo homem e destinada a determinados fins, como habitação, lazer, trabalho, ensino, entre outras funções.

Classificar um imóvel como subutilizado, porém, não foi tarefa que tenha ficado a cargo da Constituição ou do Estatuto, pois este remete ao plano diretor, ou à legislação municipal, a deliberação sobre o coeficiente mínimo de utilização requerido para aferição da subutilização, cuidando apenas de estabelecer os requisitos para a implementação de tal instrumento.[200]

Interessante observar é que a obrigação de parcelar, edificar ou construir devidamente afirmada faz com que o compromisso seja transmitido ao adquirente, seja qual for a modalidade de transmissão, inter vivos ou causa *mortis*, sem que os prazos conferidos ao anterior proprietário sofram interrupção de qualquer natureza, constituindo-se verdadeira obrigação *propter rem*.[201] Garante-se, assim, que a transmissão não seja uma forma de perpetuidade do não-uso.

---

[200]Requisitos tais como a forma de realização da notificação do proprietário, a necessidade de averbação de tal notificação no registro imobiliário, e os prazos mínimos para que devem ser observados para que, após a notificação, o proprietário passe a tomar providências para dar destinação adequada ao imóvel, mediante protocolização de projeto perante o órgão municipal competente e início das obras.

[201]Conforme esclarece Marcos Alcino A. Torres (Instrumentos urbanísticos e a propriedade urbana imóvel. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.480), "Percebe-se, então, que tais obrigações, nascidas 'ex-lege', aderem ao direito real de propriedade, e, por essa razão, devem ser consideradas obrigações 'propter rem', isto é, estabelecidas em razão da coisa objeto do direito, sendo sujeito passivo aquele que for titular do direito."

Como conseqüência do descumprimento da referida obrigação conferida ao proprietário pelo Poder Público, com lastro constitucional, o município fará incidir a progressividade na alíquota do IPTU.[202]

Entretanto, se, após a decorrência do prazo previsto em lei para a incidência do IPTU progressivo, o proprietário do imóvel insistir em não lhe dar destinação adequada, poderá ser aplicado o terceiro instrumento previsto na Carta Constitucional, que é a desapropriação.

A desapropriação, que nesse caso, memo que tenha como contrapartida a devida indenização[203], constitui a mais grave sanção a ser imposta pelo Estado contra o proprietário que, não obstante tenha sido compelido a fazê-lo, deixe de tomar as providências necessárias para a utilização de sua propriedade de acordo com os preceitos de atendimento ao bem comum, em situação que caracteriza, muitas vezes, prática de especulação imobiliária.

Determinando a perda do direito de propriedade[204], embora a existência de indenização afirme a existência de tal direito, e retirando-o da esfera do proprietário, o Estado pretende conferir à propriedade uma nova função, melhor dizendo, pretende fazer com que ela cumpra sua função social mediante uma destinação que se afigure compatível com os preceitos constitucionais.

A medida, no entanto, não é extrema, pois observa o direito de indenização do proprietário ao mesmo tempo em que reconhece que aquela propriedade não cumpre sua função social.

---

[202]Os valores das alíquotas serão igualmente determinados em lei específica, desde que não ultrapasse o percentual de quinze por cento e que não seja superior ao dobro do valor do imposto no ano anterior, sob pena de caracterização de efeito confiscatório, o que é constitucionalmente vedado.

[203]A indenização se dará com títulos da dívida pública, que terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.

[204]GOMES, **Direitos reais**, p.212. "A *desapropriação* é, sem dúvida, modo de perda da propriedade visto que o dono da coisa se vê compelido a transmiti-la ao expropriante. A extinção é *involuntária*. O proprietário do bem não pode impedi-la."

E se descumpridora da sua função social, não pode ser merecedora de proteção constitucional, como bem assevera Gustavo Tepedino, ao afirmar que "A propriedade fundiária especulativa, que vise apenas à acumulação e desdenhe os objetivos da República, descumprindo sua função social, não é tutelada pela Constituição. Pelo contrário, sua desapropriação é prioritária, como forma de atingir os objetivos da República, fixados pelo Texto Constitucional".[205]

Com efeito, ao instituir medidas incidentes sobre a subutilização da terra urbana, a Constituição reconhece a crise envolvendo a questão da moradia nas cidades e a proliferação de formas consideradas ilegais de assentamentos humanos, que são produto da ausência de políticas públicas adequadas em conjunto com a dificuldade de acesso à propriedade urbana pelas populações de baixa renda.

Manifesta, pois, a alteração de paradigmas provocada pela previsão da função social da propriedade urbana na Constituição, que reflete de imediato na legislação infraconstitucional e é o fundamento da disciplina atualmente dispensada à propriedade urbana pelo Estatuto da Cidade, pelo Código Civil, pela Medida Provisória 2.220/01 (que pode ser entendida como um apêndice do Estatuto da Cidade), e a legislação municipal deles decorrente, entre outros textos normativos, que vieram a cindir por completo a concepção da propriedade como conceito único e absoluto tal qual construída na modernidade.

Essa ruptura no esquema moderno da propriedade, operada pelos princípios constitucionais da dignidade humana e da função social da propriedade de modo palpável, mediante a previsão de instrumentos concretos, demonstra que a má utilização ou não utilização da propriedade imobiliária urbana gera repercussões de ordem coletiva e constitui verdadeiro obstáculo ao acesso da coletividade a condições de vida dignas. A criação de tal instrumento demonstra que o patrimônio não é mais algo intangível e sobre o qual o senhor tem direitos absolutos.

---

[205]TEPEDINO, G., A nova propriedade..., p.76.

Esse é o norte dos demais institutos que serão estudados e que formam o conjunto de instrumentos que trazem a lume um direito de propriedade que extrapola os limites do Direito Civil clássico e que, a partir dos movimentos de publicização, constitucionalização, repersonalização e despatrimonialização, situa-se numa zona de interseção onde o direito privado e o público não mais podem permanecer completamente apartados.

CAPÍTULO 2

EXPRESSÕES DA RUPTURA NO ESTATUTO DA CIDADE

Invocando o fenômeno da repersonalização do direito civil, ao lado da despatrimonialização, compreende-se que o papel principal dessa história passa a ser desempenhado por outros atores cuja existência reclama o direito de ter acesso aos bens e serviços necessários à sua dignidade.

O Estatuto da Cidade vem consolidar a ordem constitucional em relação ao regime da propriedade urbana e sua função social, seja porque regulamenta os preceitos constitucionais contidos no capítulo destinado à política urbana, seja porque a sua opção axiológica deriva dos princípios contidos na Constituição de 1988.

Impende, nesse compasso, afirmar que seus dispositivos são inovadores, na medida em que imprimem uma nova forma de gestão para as cidades, ao mesmo tempo em que buscam coibir, a exemplo do que ocorre em relação aos latifúndios no âmbito da propriedade rural, a especulação imobiliária urbana, contemplando os valores constitucionais consignados no princípio da dignidade humana, da função social da propriedade, no reconhecimento do direito à moradia, entre outros, de modo a atingir os objetivos contidos no artigo 3.º da Constituição Federal.[206]

O fato de tais instrumentos figurarem no corpo do Estatuto da Cidade demonstra que na correlação de forças que tomaram parte nos embates durante o processo de elaboração de tal diploma legal acabou por prevalecer, na discussão sobre a configuração da propriedade e do espaço urbano, a premência de ser contemplada a idéia de direito à cidade, que não é um direito individual, mas que, ao contrário, somente pode ser apreendido sob uma ótica coletiva; eis que, como

---

[206]Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

anteriormente consignado, não é possível entender a cidade senão como um espaço de "realizações coletivas", na expressão de Ricardo Pereira Lira.[207]

Com maestria ensina o brilhante professor acerca da dimensão coletiva da cidade que ora se pretende destacar:[208]

> A localização de uma cidade, sua extensão, sua configuração, sua magnitude, não são, nem podem ser, *realizações privadas; são realizações coletivas*, talvez o fato coletivo, por excelência, da sociedade dos homens; são realizações que, por conseguinte, interessam à coletividade inteira, condicionam a vida comunitária e pessoal de todos os membros da coletividade. Isso resulta claro quando se observa a existência de determinados serviços cujo caráter de serviço público é absolutamente inequívoco: vias públicas, serviços sanitários, transporte coletivo, ensino, assistência social, serviço de luz e eletricidade, água, telefone, gás, etc...
> Poucos fatos coletivos de maior vulto que o fato, simplesmente físico, de uma concentração urbana. Reconhecer que esse fato coletivo seja decidido unicamente pelos proprietários do solo, segundo lhes convenha, é efetivamente atribuir a esses proprietários uma decisão sobre o fato coletivo, e significativamente coletivo como poucos, que é a configuração da cidade.

Com efeito, há uma perspectiva de que a cidade, ela própria, venha se conduzindo quase como um verdadeiro sujeito, eis que, na sua existência, não se trata apenas de conferir um direito individual de propriedade ao sujeito individualizado, mas garantir o direito de moradia, e todos os outros dele decorrentes, àqueles que vivem no espaço urbano. Reside aí a idéia de titularidade de direitos difusa na pluralidade dos sujeitos e que provoca uma alteração significativa nos paradigmas do Direito Civil tradicional.

As tendências que percorrem a concepção da propriedade na contemporaneidade são percebidas na forma como o Estatuto da Cidade trata da propriedade imobiliária urbana. Contudo, alguns instrumentos previstos na lei evidenciam de forma mais cabal os fenômenos de publicização, de repersonalização e de despatrimonialização do Direito Civil, que vai buscar na Constituição seu fundamento e valor.

---

[207]LIRA, **Elementos**..., p.159.

[208]LIRA, **Elementos**..., p.159-160.

Os instrumentos nele contidos são expressão dos princípios constitucionais que norteiam a atividade legislativa pós-Constituição de 1988, na qual a dignidade da pessoa humana ostenta posição de supremacia, pois trata a propriedade a partir da sua função social, atribuindo ao proprietário deveres não proprietários e dispensando um tratamento público àquilo que anteriormente, e à luz do Direito Civil clássico, tradicionalmente foi tratado como mera relação privada em que o sujeito de direito, em última análise, é aquele apto a ingressar na relação jurídica como proprietário.

A ruptura com a herança carcomida da modernidade dá indícios de sua existência já na parte inicial do Estatuto da Cidade, em seu artigo 2.º, que guarda seus princípios e diretrizes: na perspectiva de imprimir uma nova forma de gestão para as cidades, insere dispositivos que colocam a lume a perspectiva coletiva que o permeia, como a garantia do direito a cidades sustentáveis, a integração das atividades urbanas e rurais, a oferta de equipamentos urbanos e comunitários, a proteção e recuperação do meio ambiente natural e construído, assim como do patrimônio cultural.

Mais que isso, atrela o planejamento urbano à indispensabilidade da participação popular, à necessidade de que o orçamento seja elaborado de forma participativa e que a gestão das cidades seja conduzida de forma democrática.[209]

---

[209]Emergem como diretrizes gerais da política urbana, a teor do artigo 2.º da Lei n.º 10.257/01, o Estatuto da Cidade, a "gestão democrática por meio da participação popular e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano" (inciso II), "audiência do Poder Público Municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população", além de dedicar um capítulo específico à gestão democrática das cidades, a ser implementada mediante a instituição de instrumentos a formação de órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal, a promoção de debates, audiências e consultas públicas, a realização de conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal e a previsão de iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (artigo 43). Além disso, o artigo 44 prevê como condição obrigatória para a aprovação das propostas de plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual na Câmara Municipal, a realização de debates, audiências e consultas públicas.

Volta-se, sobretudo, às questões coletivas decorrentes do processo de urbanização, que ultrapassam os limites da propriedade privada individual, prevendo instrumentos de regularização fundiária, ao mesmo tempo em que traz dispositivos inovadores que podem contribuir para coibir, da mesma forma que ocorre com os latifúndios no âmbito da propriedade rural, a especulação imobiliária urbana.

Essa síntese dos princípios que orientam a política urbana é suficiente para que se possa perceber que não se trata apenas do direito à propriedade, mas de uma série de outros direitos que garantem o cumprimento da função social da cidade como um espaço público de realização das necessidades do ser humano. O Estatuto da Cidade contempla a importância da pessoa na condição de cidadão, como protagonista dos processos decisórios do planejamento do espaço urbano.

Tomando-se a idéia de repersonalização do Direito Civil, que coloca o ser humano como centro do sistema jurídico, assim como a assertiva de que a propriedade urbana não pode ser compreendida senão a partir da sua função social, a conclusão é única: o exercício do direito de propriedade não tem outro sentido que o exercício de um direito em consonância com o princípio da dignidade humana.

Essa concepção altera radicalmente a noção de propriedade e obriga o proprietário a sujeitar-se ao bem comum, mediante o estabelecimento de deveres que consubstanciam o cumprimento da função social, cujo conteúdo varia de acordo com o estatuto proprietário.

Assim, e nomeadamente no que diz respeito a alguns institutos e instrumentos trazidos pelo Estatuto da Cidade, liberta a propriedade das amarras da relação jurídica de caráter meramente privado[210], colocando em relevo a posição central que

---

[210]Nesse sentido, TEPEDINO, G., Contornos..., p.317, "A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanação de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica da propriedade. (...) A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo."

ocupa a pessoa, o sujeito de direito real e palpável, para quem deve ser o espaço urbano pensado como um local de vida e exercício de cidadania.

Em outras palavras, um espaço cujo planejamento não pode estar dissociado do indivíduo concreto, que não é apenas aquele que tem patrimônio, mas aquele que é e em função dessa específica qualidade de ser torna-se possuidor de necessidades que devem ser atendidas. Cuida-se de repensar e reconstruir os modelos que levaram à exclusão daquele que se encontra na periferia do Direito.[211]

Cabe observar que quando a Constituição Federal dispõe sobre "funções sociais da cidade" (art. 182, § 2.º), isso significa que a cidade deve existir para que suas benesses sejam desfrutadas em sua plenitude por todos os seus habitantes. Assim, o acesso à moradia é apenas uma dessas funções que a cidade deve proporcionar num rol bem mais amplo de exigências mínimas para a satisfação de determinadas condições da vida humana.

A função social da cidade prevista na Carta de 1988 passa a assumir um sentido inédito com a entrada em vigor da Lei do Estatuto da Cidade que, apesar de lapso temporal de dez anos entre a proposição do projeto de lei e sua aprovação, dotou de significado o art. 182 da Constituição Federal. A partir, pois, da leitura do art. 182, podemos concluir que as funções sociais da cidade estão diretamente ligadas à qualidade de vida que elas oferecem aos seus habitantes.

O mérito do Estatuto da Cidade como instrumento de efetivação do princípio da função social da propriedade urbana e da construção de um espaço urbano mais justo é tratar de forma integrada os problemas da cidade e não só da propriedade urbana, resgatando o verdadeiro significado da cidade como espaço de realização da vida.

---

[211]Ensina Fachin (**Teoria crítica**..., p.328-329): "O conceito de cidadania pode ser o continente que irá abrigar a dimensão fortificada da pessoa no plano de seus valores e direitos fundamentais. Não mais, porém, como um sujeito de direitos virtuais, abstratos ou atomizados para servir mais à noção de objeto ou mercadoria. Somente a liberdade real dos indivíduos pode captar, na essência, a superação da servidão histórica dos excluídos. Esta transposição de óbice também passa, necessariamente, pelo repensar da titularidade dos bens e do uso destes."

Como exemplo disso, e de como os institutos tradicionais do direito privado podem funcionar como meios de garantia de direitos não apenas na visão tradicional, o Estatuto da Cidade trouxe importantes instrumentos para a concreção do direito humano à moradia, possibilitando a democratização do acesso a terra e o direito à cidadania às populações que vivem na periferia da cidade e do direito nuclear.

Partindo de todo o arcabouço principiológico que rege a organização da cidade e a forma como ela deve ser pensada, tendo por objetivo o cumprimento de suas funções sociais, é nos seus instrumentos que o Estatuto da Cidade desvela a opção pela propriedade de uma maneira conectada com os princípios constitucionais, de modo que a propriedade seja instrumento de concretização do projeto constitucional.[212]

Todavia, dentre tantos institutos de natureza tributária, jurídica, política, assim denominados no Estatuto, emerge como expressão maior dessa ruptura e da difusão da titularidade do direito de propriedade no sujeito coletivo que funciona como fio condutor do presente trabalho, a figura denominada usucapião coletiva[213].

Há que se compreender que na releitura de um instituto tradicional do Direito Civil feita pelo Estatuto da Cidade reside uma das mais acentuadas evidências da transmutação do direito privado dentro do arco temporal que encontra seu início na modernidade e chega ao nosso tempo atual, sob a influência de todas as tendências incidentes sobre o Direito Civil, anteriormente analisadas, pois criação da usucapião

---

[212]Nos moldes do que já foi dito, a Constituição é a referência da legislação a ela hierarquicamente inferior; assim, "Na realidade, a eficácia do projeto constitucional pressupõe, de uma parte, que se compreenda a relação entre a Constituição e a legislação infraconstitucional como relação em que a primeira se apresenta como fundamento interpretativo da segunda; de outra, a adesão à arguta formulação doutrinária que revelou, não sem objeções, a paulatina corporificação, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, de um processo de 'despatrimonialização' do direito privado." (TEPEDINO, G., Contornos..., p.313).

[213]Embora alguns autores sugiram que a palavra usucapião é substantivo comum de dois gêneros, podendo ser utilizada tanto no masculino quanto no feminino, optamos por seguir o ensinamento do Professor Orlando Gomes, que adota o vocábulo como feminino, de modo que aqui será tratada como a usucapião (**Direitos reais**, p.185).

coletiva pelo legislador é um verdadeiro meio de promover-se a efetivação dos valores constitucionais.

Tal constatação permite afirmar a presença de uma flagrante natureza coletiva no instituto, que possibilita que o sujeito coletivo ingresse em juízo para ver reconhecida uma situação que diz respeito a todo um grupo de pessoas. Nesse contexto a usucapião coletiva emerge como expressão da ruptura, por meio do Estatuto da Cidade, e confere novos significados aos signos do Direito Civil clássico, a partir da valorização da posse como situação concreta, dotada de materialidade, e da atribuição de legitimidade ao sujeito coletivo.

Mais que isso, há na usucapião coletiva a evidente repersonalização do Direito Civil, na medida em que se permite ao sujeito coletivo ingressar em juízo a fim de ver reconhecido seu direito à titularidade de algo que já é seu pelo uso, tanto quanto o reconhecimento do valor da posse como situação concreta e que gera efeitos mais importantes que a mera detenção do título de propriedade.

Em que pese a idéia comum na ciência jurídica de que a posse seria mera exteriorização da propriedade, há que se promover um giro nessa compreensão que permita afirmar justamente o contrário: *"Cronologicamente, a propriedade começou pela posse, geralmente posse geradora da propriedade, isto é*, a posse para a usucapião*"*, nos ensina Fachin. E como tal, é dotada de autonomia, sendo concebida como um verdadeiro direito, e não somente como um fato do qual se retira algum valor jurídico.[214]

De modo geral, na doutrina civilista e no Código Civil, a usucapião apresenta-se como um dos modos de aquisição da propriedade móvel ou imóvel, e de outros direitos reais, e que para parte dela é identificada com o instituto da

---

[214]FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.13.

prescrição, que nesse caso corresponderia a uma prescrição aquisitiva ou positiva, eis que gera efeitos aquisitivos e não extintivos de direitos[215].

De qualquer sorte, a usucapião é uma forma de adquirir direitos reais, ainda que acarrete a extinção dos direitos do titular anterior, e supõe o exercício da posse de forma continuada, a partir da qual o possuidor passa à condição de proprietário, cuja aquisição da propriedade ocorre de modo originário em razão da extinção do vínculo do proprietário original com a propriedade e a inexistência de qualquer liame entre ele e o possuidor.

Com isso, o objetivo do instituto é fazer com que a situação fática, a posse, seja determinante para a aquisição da propriedade, uma vez que a titularidade acaba por não coincidir com o exercício da posse, vale dizer, o Direito determina o perdimento do bem pertencente àquele que deixou de exercer seu direito subjetivo de propriedade, em nome da posse exercida por outrem, em razão da sua necessidade.

Nesse contexto é que se pode entender a posse como uma espécie de legitimação do uso, detentora de um papel relevante do ponto de vista social e que implica a revogação da idéia de propriedade assente em valores absolutos, como leciona Fachin:

> a posse tem um sentido distinto da propriedade, qual seja o de ser uma forma atributiva da utilização das coisas ligadas às necessidades comuns de todos os seres humanos, e dar-lhe autonomia significa construir um contraponto humano e social de uma propriedade concentrada e despersonalizada, pois, do ponto de vista dos fatos e da exteriorização, não há distinção fundamental entre o possuidor proprietário e o possuidor não proprietário. A posse assume então uma perspectiva que não se reduz a mero efeito, nem a ser encarnação da riqueza e muito menos manifestação de poder: *é uma concessão à necessidade*.[216]

---

[215]Entende a usucapião como hipótese de prescrição aquisitiva, por exemplo, NEQUETE, Lenine. Da prescrição aquisitiva. 3.ed. Porto Alegre: Ajuris, 1981 (apud FACHIN, **A função**..., p.32). Orlando Gomes discorda dessa idéia e entende que a usucapião, embora guarde semelhanças com a prescrição, pois ambas têm como condição o decurso do tempo, possui existência autônoma, de modo que não há como falar em prescrição aquisitiva (**Direitos reais**, p.185).

[216]FACHIN, **A função**..., p.21.

No caminho do reconhecimento da aquisição da propriedade mediante o exercício da posse, entendida como a concretização de uma necessidade do ser humano, devem ser observados determinados requisitos, sejam eles de ordem pessoal (capacidade ou condições relativas à pessoa do possuidor), de ordem real (possibilidade de aquisição do direito pela usucapião, condições da coisa) ou ainda requisitos de ordem formal (prazo estabelecido para aquisição, a boa-fé e o justo título em determinados casos e a posse, que deve ser mansa e pacífica, sem oposição e exercida com *animus domini*).

Há que se reconhecer que convivem em nosso Direito, portanto, várias modalidades de usucapião: o tratamento dispensado à usucapião pelo Código Civil de 2002 apresenta algumas diferenças em relação ao Código de 1916, tendo sido mantidas as modalidades extraordinária e ordinária, com suas respectivas distinções[217], contudo, tendo sido reduzidos os seus prazos, acompanhando a tendência observada por Fachin: "Percebe-se, sem maior esforço, a tendência contemporânea em prol da redução dos prazos, tornando a usucapião instituto mais rente com a dinâmica moderna e com o gradual término da exacerbação jurídica do individualismo."[218]

Há também a modalidade especial ou *pro labore*, com requisitos atinentes à produção e moradia, estabelecida na ordem constitucional de 1934 e repetida na

---

[217]Leciona Fachin (**A função**..., p.67) que "Na usucapião extraordinária a boa-fé se presume e não admite prova em contrário. Na ordinária a boa fé também se presume, admitindo, porém, prova em contrário. A prova incumbe a quem alega. Na usucapião ordinária tal presunção emerge do justo título". Daí que o período aquisitivo para uma e outra também difere, não se pretende, no entanto, adentrar aos pormenores das diferenças.

[218]FACHIN, **A função**..., p.73. Ainda há que se esclarecer que o Código Civil de 2002 dispôs da seguinte forma sobre os prazos de aquisição: se no Código de 1916 a usucapião extraordinária requeria vinte anos, hoje o lapso de tempo foi reduzido para quinze anos, com redução para dez anos "se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele tenha realizado obras ou serviços de caráter produtivo", de acordo com o texto do art. 1.238 do Código de 2002. Do mesmo modo, a usucapião ordinária viu seu prazo ser reduzido para dez anos, ou ainda para cinco anos "se o imóvel houver sido adquirido onerosamente, com base no registro constante no respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimento de interesse social e econômico" (art. 1.242 do NCC).

Carta de 1937 e na Lei n.º 4.504/64, o Estatuto da Terra, e que sofre modificações com a entrada em vigor da Lei n.º 6.969/81, e cujo objetivo é o reconhecimento da posse como verdadeiro direito exercido por aquele que cultiva e habita determinada extensão de terra, agregando a ela os frutos do seu trabalho.[219]

Tal modalidade acaba por ser inserida no corpo da Constituição de 1988, no art. 191, que, ao mesmo tempo em que promove a diminuição do período necessário à usucapião especial rural, a qual hoje se denomina constitucional, para cinco anos, acrescenta, em seu artigo 183, a usucapião constitucional urbana, pró-moradia, cujo período aquisitivo é igualmente fixado em cinco anos.

Sobre essa nova modalidade destinada ao reconhecimento da posse urbana, assim dispõe o texto constitucional:

> Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Além disso, em conformidade com o espírito constitucional assentado no princípio da igualdade material, assegura que o domínio será concedido ao homem e à mulher, independentemente do estado civil.

Posteriormente o Código Civil de 2002 repetiu em seu texto a usucapião especial *pro labore* (rural), no artigo 1.239, bem como a usucapião especial pró-moradia (urbana), no artigo 1.240, exatamente nos mesmos termos da Constituição de 1988.

---

[219]Veja-se o disposto no artigo 98 do Estatuto da Terra: "Todo aquele que, não sendo proprietário nem rural nem urbano, ocupar por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, tornando-o produtivo por seu trabalho, e tendo nele sua morada, trecho de terra com área caracterizada como suficiente para, por seu cultivo direto pelo lavrador e sua família, garantir-lhes a subsistência, o progresso social e econômico, nas dimensões fixadas por lei, para o módulo de propriedade, adquirir-lhe-á o domínio mediante sentença declaratória devidamente transcrita." A Constituição de 1934 estabelecia a extensão da terra em até dez hectares, e a Constituição de 1937 a ampliou para vinte e cinco hectares, enquanto o Estatuto baseia-se no módulo rural. Vale dizer, o limite se encontra entre 25 hectares ou a área do módulo rural, quando este for superior a 25 hectares.

Todavia, foi no Estatuto da Cidade que esse instituto clássico do Direito Civil ganhou nova roupagem, inserida na realidade jurídica da cidade, e provocou uma alteração completa na estrutura, na concepção, e acima de tudo, nos objetivos a serem atingidos mediante a utilização do instituto da usucapião.[220]

Mais do que repetir a previsão constitucional da usucapião urbana individual ampliou seu campo de atuação, fazendo-o de forma a reconhecer a realidade coletiva da cidade, para a qual a figura da usucapião individual mostrava-se insuficiente.

Ainda que a usucapião urbana consista em um modelo que a rigor se encaixe na situação apresentada em aglomerações urbanas habitadas por pessoas de baixa renda[221], pois normalmente o tamanho dos lotes é pequeno e se enquadra perfeitamente no limite constitucionalmente estabelecido de duzentos e cinqüenta metros quadrados, há que se chamar atenção para o fato de que a origem dos conflitos fundiários urbanos decorrentes da ocupação de imóveis não utilizados é de natureza coletiva.

Isso significa que, do ponto de vista social, a solução adequada para os problemas urbanísticos atravessados pelas pessoas que vivem em locais irregulares sob o aspecto urbanístico e dominial implica o abandono de alternativas puramente individuais, eis que as políticas públicas, nesse caso específico a regularização fundiária, deverão incidir sobre o todo, e não somente sobre o lote individualizado de cada morador.

---

[220]Nelson Saule Jr. (**A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2004. p.376) resume de modo preciso a importância da usucapião constitucional urbana: "O Usucapião Urbano cumpre simultaneamente duas finalidades, diante da realidade de milhões de famílias brasileiras pobres, por estado de necessidade, encontrarem-se vivendo em favelas, cortiços, conjuntos habitacionais invadidos e loteamentos irregulares, na chamada cidade clandestina. A primeira como um instrumento de regularização fundiária, é assegurar o direito à moradia desses segmentos sociais. A segunda finalidade é garantir o cumprimento da função social da propriedade por meio da regularização fundiária."

[221]Em que pese a Constituição ou o próprio Estatuto da Cidade não se refiram à baixa renda, que é um conceito juridicamente indeterminado, a razão da vedação desse tipo de usucapião para proprietários de outro imóvel, seja urbano ou rural, e também de reconhecimento desse direito mais de uma vez a determinada, denota a intenção de que ela se destine a pessoas que realmente dela necessitem.

A usucapião, assim, estende-se para além do Código Civil e, assumindo dimensão coletiva, torna-se um instrumento de regularização fundiária:

> Não há, porém, como estudar os novos institutos criados pelo Estatuto da Cidade, especialmente o usucapião coletivo pela lente individualista e liberal do velho direito civil, porque o seu propósito não é apenas o de criar um novo modo de aquisição de propriedade imóvel, mas sobretudo o de ordenar a propriedade urbana, funcionalizando-a pela observância de princípios urbanísticos voltados ao bem-estar da pessoa e da comunidade.[222]

Com essa intenção, o legislador estabelece, no caput do artigo 10 do Estatuto da Cidade, que:

> Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinqüenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

A leitura superficial de tal dispositivo esclarece o seu objetivo: a regularização fundiária de uma propriedade extensa, utilizada por uma população carente, e que constitua seu único bem imóvel e local de moradia.

A par de se tratar de um importante instrumento urbanístico, a usucapião coletiva revela a inserção do sujeito na sua coletividade, considerando-o como pessoa dotada de necessidades concretas numa relação jurídica absolutamente diferenciada da relação abstrata da modernidade.[223]

---

[222]LOUREIRO, Francisco Eduardo. Usucapião individual e coletivo no estatuto da cidade. **RTDC**, Rio de Janeiro, v.9, p.25, jan./mar. 2002..

[223]Há quem se levante de forma veemente contra a usucapião coletiva do Estatuto da Cidade, como José Carlos de Moraes Salles (**Usucapião de bens imóveis e móveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.319): "Quem já entrou em uma favela e a percorreu em seus meandros sabe que ali não há nenhuma qualidade de vida, convivendo os seus habitantes com doenças, emanações nauseabundas de esgotos a céu aberto, mosquitos de toda sorte e outros insetos nefastos à saúde humana. Isto, sem se falar da promiscuidade ali reinante, que leva os bons, que são muitos, a se degradarem pela proximidade com facínoras de toda espécie, como traficantes de drogas, ladrões e assassinos. A meta do Poder Público deveria ser a de eliminar as favelas, possibilitando a seus moradores a transferência para habitações populares condignas, construídas

A inserção da condicionante "baixa renda" e a reprodução do mandamento atinente à vedação de ser proprietário de outro bem imóvel, rural ou urbano, para que a pessoa se beneficie da usucapião constitucional, evidenciam a sua qualidade de instrumento destinado a promover a regularização fundiária daqueles locais que se encontram verdadeiramente à margem do Direito e da cidade. Com base nisso a Lei estabelece requisitos que selecionam o sujeito de direito que deverá figurar na relação jurídica.

Compreende-se, então, que a Lei estabeleceu dois requisitos, um objetivo, determinando que o beneficiário da usucapião não pode ser proprietário de outro imóvel, e outro subjetivo, cujo conteúdo é indeterminado, consistente na "baixa renda".[224] Com isso, de forma inequívoca, o legislador pretendeu delimitar o alcance de tal instrumento, direcionando-o à população destituída de condições econômicas para adquirir de forma onerosa o imóvel destinado à sua moradia, realizando a sua vocação constitucional.

Não à toa a Lei dispôs acerca da gratuidade da justiça e da assistência judiciária, o mesmo valendo para o registro de imóveis, despesas que, caso recaíssem sobre os autores, representariam um pesado ônus aos moradores e certamente comprometeriam a essência e o sentido do instituto. Tanto assim é que a Lei cuidou de prever a proibição de que uma mesma pessoa se beneficie de tal modalidade de usucapião por mais de uma vez.

---

sob o patrocínio da Administração e acessíveis ao bolso das pessoas menos favorecidas. Ao contrário, entretanto, surge o legislador e dá à luz preceito como o do art. 10 do Estatuto da Cidade, que, como dissemos, só irá servir pra gerar um problema gravíssimo, que é o da perpetuação das favelas! Demagogia? Espírito tacanho incapaz de perceber a barbaridade cometida com tamanho disparate? Não sabemos! A verdade dura e crua é esta: deu-se início à perpetuação oficial das favelas deste País."

[224]Seguindo a tendência de nosso Direito contemporâneo, da qual encontramos uma série de exemplos no Novo Código Civil, a legislação confere uma maior responsabilidade ao julgador, que no caso concreto deverá aferir o cumprimento ou não do requisito, nesse caso, a configuração da baixa renda na situação concreta do usucapiente.

Quanto aos demais requisitos, se num primeiro momento as disposições contidas no caput do artigo 10 parecem explícitas, são recorrentes as controvérsias que incidem sobre o tema.

A primeira delas diz respeito ao fato de ser ou não essa usucapião coletiva uma nova modalidade, nascida com o Estatuto da Cidade, ou de se tratar de um meio adotado pelo legislador de compatibilizar as situações decorrentes dos problemas urbanos que envolvem uma coletividade, com fundamento na usucapião constitucional urbana.

Para Francisco Loureiro[225], a questão ganha destaque na medida em que é necessário buscar o correto alcance do instituto para o fim de interpretá-lo, principalmente no que diz respeito ao seu termo inicial, uma vez que, admitindo-se a contagem do tempo somente a partir da vigência do Estatuto da Cidade, ocorrida em outubro de 2001, tal dispositivo restaria pendente de eficácia até ao menos o ano de 2006.

Tal discussão pode ser pautada pelo entendimento de que o período de *vacatio legis* entre a promulgação da Constituição de 1988 e a vigência do Estatuto da Cidade teria sido suficientemente longa para que os titulares do domínio pudessem reivindicar seus imóveis ocupados[226], o que obstaria o acesso à usucapião, que requer a ausência de oposição para ser declarada.

Sob tal perspectiva, não seria necessária a contagem do prazo tendo como termo inicial a vigência da Lei, pois a usucapião coletiva deveria ser entendida como uma espécie de usucapião constitucional urbana dotada de características peculiares, voltada à resolução de problemas típicos da realidade urbana do País.

---

[225]LOUREIRO, Francisco Eduardo. Usucapião coletivo e habitação popular. In: ALFONSIN, Betania; FERNANDES, Edésio. **Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.92-93.

[226]Cabe recordar que, a fim de proteger a posse objeto da usucapião, o Estatuto da Cidade ainda previu, em seu artigo 11, a suspensão ou sobrestamento de outras ações de natureza petitória ou possessória que venham a ser propostas com relação ao imóvel, enquanto pendente a ação de usucapião urbana especial, tanto a individual quanto a coletiva.

Nelson Saule Júnior comungando da mesma opinião, entende ser

> inadmissível que, na esfera jurídica, qualquer tipo de argumento possa vir a ser aceito em nome da segurança jurídica dos proprietários que, de fato, abandonaram há muito tempo suas propriedades, servindo para a formação de favelas e ocupações similares depois de 14 anos de vigência da Constituição. São, portanto, 14 anos de vigência do instituto do Usucapião Urbano [assevera].[227]

Assim, admitindo-se que o termo inicial é a Constituição de 1988, não persistem dúvidas acerca da possibilidade de reconhecimento do direito antes mesmo de se completar cinco anos da vigência do Estatuto da Cidade.

A par disso, a exigência de ser a área usucapienda utilizada como moradia gera questionamentos acerca da existência de pequenos comércios no interior da área objeto da usucapião. Em que pese a exigência contida no texto da Lei, há que se fazer uma ponderação sob a lente do princípio da razoabilidade.

É razoável não se admitir a instalação de atividades comerciais quando o reconhecimento da posse tem como objetivo a aquisição de moradia para uma população que não pode fazê-lo dentro do mercado imobiliário. Isso é fato. No entanto, não se pode olvidar que essa população acaba por desenvolver, em sua própria residência, meios de prover a sua subsistência e de sua família, montando, por exemplo, um pequeno ateliê de costura, ou ainda mercearias e quiosques, tão comuns nos bairros, desde que se possa identificar a prevalência de utilização como moradia.

A jurisprudência vem aceitando que assim ocorra, conforme se depreende de julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na apelação cível n.º 70009715475, em 24 de novembro de 2004, entendendo ser irrelevante a existência de atividade comercial, não constituindo óbice à usucapião:

---

[227]SAULE JR., **A proteção**..., p.387-388. O autor entende, ainda, que a modalidade coletiva é um instrumento processual que dota de eficácia o direito material da usucapião urbana, consignado no texto da Constituição, a fim de fazer valer os princípios da função social da propriedade e da função social das cidades.

> Anoto, inicialmente, que o apelo esquece ser a posse exercida faticamente, sobrepondo-se a exercícios puramente formais de domínio.
> Assim, o pagamento de tributos prediais não exclui posse, servindo, quando muito, como mero indicativo desta.
> No caso dos autos, a prova oral confirma a posse da autora superior a cinco anos. Basta ler depoimentos de Fátima Clair Jung, José Valmeri Limana da Silva e Ivanete Faccio, fls. 94 a 96. Anoto que a última testemunha foi arrolada pela ré, confirmando ela a moradia *dos autores*, a par de exercerem eles quanto ao imóvel usucapiendo, atividade comercial.
> Melhor referência testemunhal não se poderia pretender.
> (...)
> Não há, no mais, prova de alguma oposição que afastasse a mansuetude da posse insofismavelmente exercida pela autora.
> No mais, a Lei n.º 10.257/01, art. 9.º, não impede que à residência se some alguma pequena atividade comercial, como é o caso da apelada, o que bem se pode inferir pela análise da fotografia de fl. 60, notadamente quando se verifica prevalecer a finalidade residencial à mercantil...

Outro importante requisito refere-se à continuidade da posse, consubstanciado no mandamento de que seja a posse ininterrupta e sem oposição, bem como a permissão para que na contagem do prazo seja acrescentada a posse do antecessor do possuidor, desde que haja entre ambas uma continuidade.

Quanto à continuidade e inoponibilidade, repetem-se as condicionantes do Código Civil para a usucapião nos padrões tradicionais, como é próprio de tal instituto[228].

No que se refere a *acessio possessionis*, parece fundamental que assim ocorra, dado que a rotatividade da população que habita favelas é fato, e que na maioria das vezes existe um comércio em torno da posse, no qual o possuidor anterior vende sua posse ao seu sucessor.

Desse modo é possível atingir o objetivo do instituto, que é assegurar o direito daquele que se encontra efetivamente na posse do imóvel usucapiendo,

---

[228]Tanto a posse quanto o lapso de tempo são requisitos formais da usucapião. A posse que permite usucapião é aquela exercida como *animus domini*, mansa e pacífica, contínua e pública. Por *animus domini* entende-se a intenção de possuir como dono, que deve permear a posse desde seu início; a posse mansa e pacífica é aquela exercida sem oposição, ou seja, sem que outrem a reclame; a continuidade significa que o lapso de tempo necessário à usucapião não comporta interrupções. Ver com maior detalhamento GOMES, Orlando, **Direitos reais**, p.190-197.

permitindo a transferência da posse, nos moldes do que restou previsto no artigo 1.243 do Novo Código Civil.

Numa interpretação dos artigos 9.º e 10 do Estatuto da Cidade, percebe-se que a soma das posses foi colocada como parágrafo apenas do artigo 10, que trata da usucapião coletiva, tendo estabelecido no artigo 9.º, que se refere à usucapião individual, a possibilidade apenas de *sucessio possessionis*, em que a posse do antecessor transmite-se aos seus herdeiros com as mesmas características anteriores, devendo, para tanto, o herdeiro, residir no imóvel.

Francisco Loureiro justifica tal opção do legislador:

> A dicotomia de tratamento explica-se pela própria função das duas modalidades de usucapião especial. Enquanto o individual presta-se primordialmente a regularização fundiária, o coletivo volta-se, também e com a mesma intensidade, à urbanização de áreas degradadas, mediante constituição de condomínio peculiar. Daí a especial atenção e facilidades concedidas pelo legislador ao usucapiente que opte pela modalidade coletiva.[229]

Há que se trazer à discussão, ainda, o atendimento da condição segundo a qual não deve ser possível identificar os terrenos ocupados individualmente por cada morador.

Muitas dúvidas persistem acerca do que significa tal impossibilidade de individualização do lote, pois a intenção do legislador voltou-se para a necessidade de regularização de um núcleo habitacional constituído fora dos parâmetros urbanísticos vigentes, compondo uma universalidade de fato. Sobre um mesmo imóvel, considerado sob a perspectiva da titularidade "legal", coexistem várias situações de poder de fato, consubstanciada na posse de cada morador.

No entanto, há que se entender como terreno ou lote aquela unidade dotada de divisas corretas e com condições mínimas de urbanização, inserido num projeto de loteamento, conforme entende abalizada doutrina.[230] E tal não equivale às

---

[229]LOUREIRO, Usucapião coletivo..., p.98-99.

[230]SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p.296.

precárias divisórias construídas para preservar e resguardar o espaço da posse, dada a situação concreta dos possuidores que, via de regra, vivem em espaços favelizados, no qual centenas de barracos encontram-se apinhados, sem contar com vias e espaços públicos e observância de outras normas urbanísticas.

Desse modo, a usucapião coletiva é o instrumento adequado a possibilitar a conformação do direito de propriedade e da superação dos obstáculos para a concretização desse direito ante os entraves burocráticos do registro imobiliário, sem que a simples delimitação da posse individual constitua óbice ao seu reconhecimento.

Entendimento diverso acerca desse particular aspecto pode mesmo fazer com que o sentido da usucapião urbana coletiva acabe por ser esvaziado, basta examinar acórdão proferido no julgamento da apelação cível n.º 70007889538, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em ação de usucapião movida por moradores da Vila Orfanotrófio II, visando a sua regularização fundiária a ser executada pelo município de Porto Alegre após solucionada a questão dominial.

Interessante perceber que o Ministério Público, cuja intervenção como *custos legis* nas causas dessa natureza é obrigatória, a teor do parágrafo 1.º do artigo 12 do Estatuto da Cidade, opinou pelo indeferimento do pedido, no que foi seguido pelo juízo de primeira instância. No Tribunal, o Ministério Público repete sua posição, servindo seu parecer de fundamento para a decisão de segundo grau. Transcreve-se o voto da Desembargadora Relatora:

> Está-se em desprover o apelo interposto.
> O parecer da douta Procuradora de Justiça, Dra. Maria Cristina Cardoso Moreira de Oliveira, constante às ff. 94-97, é adotado como fundamento da decisão, o qual vai transcrito *in verbis:*
> *"O apelo é tempestivo. Presentes os demais pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade recursal, merece ser conhecido o recurso.*
> *No mérito é de ser improvido o apelo.*
> *O usucapião constitucional urbano coletivo, é nova modalidade prescritiva inserida na Lei 10.257/01, que assim dispõe:*
> *"Art. 10. As áreas urbanas com mais de 250m^2 (duzentos e cinqüenta metros quadrados), ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são*

> *susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.*
> *(...)*
> *parágrafo 3.º Na sentença o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas."*
> *A exegese da lei, não encontra outra interpretação, senão a de que esta modalidade prescritiva exige que um grupo se utilize de área comum. Mesmo que as áreas estejam delimitadas, não haverá empecilho a que o julgador, na divisão das frações do terreno, atribua área diversa aos compossuidores, pois, estes, tacitamente, estão aceitando a situação de composse e condomínio prevista em lei.*
> *Assim, analisando o caso vertente, percebe-se que as áreas pleiteadas estão devidamente individualizadas e descritas na inicial. Daí que, em sendo acolhido o pedido das partes, estar-se-ia criando verdadeiro condomínio, diga-se de passagem inexistente eis que não verificada a utilização coletiva da área objeto da demanda.*
> *Portanto, bem analisou a espécie a sentença objurgada, não merecendo reforma, pelo que merece mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.*
> *Ante os argumentos expendidos, o parecer do Ministério Público, neste grau de jurisdição, é pelo conhecimento e improvimento do apelo."*
> Diante do exposto, nega-se provimento ao apelo.

A seguir tal exemplo, é possível afirmar que o Direito e suas instituições não têm qualquer intimidade no trato de questões coletivas. Tem-se a impressão de que não basta a população encontrar-se fora do Direito oficial e da cidade legalizada, a informalidade deve ser tão absoluta que não se permite resguardar um espaço de privacidade entre os ocupantes das áreas irregulares.

Nesse contexto, o entendimento jurisprudencial acima exposto parece não prevalecer, pois

> A não-identificação do terreno deve estar mais ligada ao aspecto legal ou registral do imóvel a ser usucapido do que com delimitação da área ocupada por cada possuidor propriamente dita, pois estes mesmos quando a edificação ocupa toda área, ou seja, quando não há sobra de espaço do terreno, são identificáveis.[231]

---

[231]CARVALHO, Paulo Pires de; OLIVEIRA, Aluísio Pires de. **Estatuto da cidade**: anotações à Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Curitiba: Juruá, 2002.

Superados esses pontos nota-se que, quanto à extensão do imóvel usucapiendo, esta foi estabelecida no exato limite da usucapião individual, o que significa dizer que a modalidade constitucional individual não comporta a usucapião de imóvel maior que duzentos e cinqüenta metros quadrados, de modo que, sendo superado tal limite, incide a usucapião coletiva.

Como observa acertadamente Francisco Loureiro, a soma das posses individuais que estão sendo usucapidas coletivamente deve ser superior a duzentos e cinqüenta metros quadrados, no entanto, na atribuição da fração ideal de cada usucapiente, não poderá ser destinado a cada um deles mais do que o teto constitucional, que restringe a duzentos e cinqüenta metros quadrados a posse passível de usucapião constitucional. "Entender o contrário desnaturaria a ratio legis de proporcionar instrumento de urbanização e regularização fundiária à população de baixa renda"[232], assevera o autor.

Essa ressalva faz-se necessária, pois evidentemente o caráter coletivo não decorre do tamanho da área, mas de figurar no pólo ativo da demanda uma coletividade em composse ou uma organização que represente os moradores, a teor do artigo 12, incisos II e III, respectivamente, do Estatuto da Cidade.[233]

Há na doutrina afirmação de que a hipótese prevista no inciso I do prefalado artigo não configure hipótese de usucapião coletiva, uma vez que não se pode confundir o ajuizamento de várias demandas individuais de caráter litisconsorcial dada a origem comum da sua situação jurídica, com a figura da usucapião coletiva. A previsão

---

[232]LOUREIRO, Usucapião coletivo..., p.94. A jurisprudência assenta-se no mesmo sentido (Apelação Cível n.º 2004.001.08146, TJRJ, j. 24.08.2004; Apelação Cível n.º 13040/00, TJRJ, j. 03.05.2001).

[233]Art. 12. São partes legítimas para a propositura da ação de usucapião especial urbana: I - o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente; II - os possuidores, em estado de composse; III - como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados.

nesse sentido teria valor de estímulo conferido ao legislador para que o ajuizamento de demandas conjuntas acabe por diminuir os custos e facilitar a instrução processual.[234]

O entendimento parece correto na medida em que a Lei fixou as três hipóteses e, se assim não o fosse, o inciso I seria absolutamente desnecessário, eis que estaria já devidamente contemplado no inciso II, que cuida dos possuidores em estado de composse.[235]

Diante disso, há que se compreender que a legitimidade para ingresso com o pedido de usucapião coletiva transita entre os incisos II e III do artigo 12 da Lei n.º 10.257/01 e aí reside o caráter absolutamente distinto da figura tradicional da usucapião no Código Civil se comparada com esta prevista no Estatuto da Cidade, pois não se trata de mera forma de aquisição da propriedade, mas de uma forma específica que apresenta um grande diferencial em relação às demais, que é o seu caráter coletivo.

Nessa perspectiva é que a legislação estabelece como partes legítimas a ingressarem em juízo os próprios possuidores em estado de composse ou a associação de moradores que representa a comunidade, desde que autorizada pelos seus representados e que esteja regularmente constituída.

---

[234]Francisco Eduardo Loureiro (Usucapião individual..., p.34) considera relevante a inserção da legitimidade para ajuizamento de usucapião individual pelo possuidor isoladamente ou em litisconsórcio, pois "Admite-se, agora, posição que encontrava certa resistência em nossos tribunais, qual seja, a do ajuizamento de usucapião conjunto, em que diversos usucapientes, com posses certas e delimitadas, litigam em litisconsórcio facultativo ativo, amparados no fundamento comum de que deriva sua situação jurídica, ou em razão da afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito."

[235]Decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Cível n.º 094.241-4/7, j. 18.04.2000), embora não fale exatamente em composse, faz justiça ao conceder a dois vizinhos o direito de usucapir em conjunto área maior que duzentos e cinqüenta metros quadrados, sendo que um deles reivindicava a área de 179,76 metros quadrados e o outro 125 metros quadrados. Mesmo que a soma ultrapasse o limite constitucional, há que se considerar que a cada um deles, individualmente, restou atribuída fração menor que o limite, e ainda assim trata-se de modalidade individual, por não estar inserida numa realidade em que seja necessária a regularização fundiária objeto da usucapião coletiva.

Em que pese os moradores possam organizar-se e ingressar em forma de litisconsórcio, é na figura da substituição processual que se evidencia o reconhecimento do sujeito coletivo como um fato real contemporâneo que extrapola a concepção de sujeito de direito abstrata e atomizada da modernidade, embora em ambas as situações a pluralidade dos sujeitos seja evidente, e que todos estejam reivindicando um objetivo comum.

Rompendo com a tradição civilista diante da qual não se poderia imaginar a figura de uma entidade com poderes suficientes a reclamar direitos em nome de uma coletividade, eis que o sujeito de direito é sempre um indivíduo abstrato, as associações representativas dos moradores ganham especial destaque na tutela de direitos que promovem uma concepção de propriedade também diversa, que não mais corresponde a um direito individual e absoluto.

A orientação da lei segue no sentido de conferir igual solução para todos aqueles inseridos em uma mesma realidade coletiva, o que poderia não ocorrer caso as demandas fossem individualizadas. A par da uniformidade das soluções, inegável é que a modalidade coletiva implica a celeridade do processo, eis que não há necessidade de especificação da posse de cada um dos requerentes.

Contudo, é dado pouco relevo à importância da organização popular em torno de uma associação que represente seus interesses em nossa jurisprudência. Veja-se como exemplo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível 371.371.4/9-00, julgado em 29 de setembro de 2001:

> (...).
> O caso concreto trata de usucapião coletivo do Estatuto da Cidade, de modo que cabe aos possuidores a opção entre as hipóteses dos incisos I e 111 do artigo 12 do Estatuto da Cidade, a saber: a) ou ajuizam a ação como pessoas naturais e compossuidores da gleba; b) ou constituem uma associação de moradores, para, como substituto processual, defender interesse material alheio.
> Ao contrário do que se afirmou em diversos momentos nos autos, não se cogita aqui de litisconsórcio facultativo entre diversos possuidores individuais, mas sim de litisconsórcio necessário entre os possuidores da gleba maior, urbanisticamente degradada, que é vista pelo legislador como coisa coletiva.

> Isso porque o usucapião coletivo cumpre duas finalidades, concretizando preceitos constitucionais: a) a de promover a regularização fundiária; b) a de recuperar áreas urbanisticamente degradadas. Logo, somente faz sentido o usucapião coletivo se incidir sobre todo o núcleo habitacional desorganizado, para, num primeiro momento declarar propriedade em fração ideal a todos os possuidores e, num segundo momento, extinguir o condomínio mediante reurbanização da gleba. É por isso que devem figurar como autores todos os moradores, em nome individual ou associados em pessoa jurídica.
> Óbvio que ninguém é obrigado a associar-se, nem a criar uma associação para litigar em juízo. Não custa lembrar que o Estatuto da Cidade é claro ao estabelecer a associação seria mera substituta processual dos possuidores, vale dizer, demandaria em nome próprio, na defesa de interesse material alheio. Logo, a declaração de domínio seria feita não em nome da pessoa jurídica, mas sim dos possuidores, em frações ideais, como, de resto, determina o artigo 10, parágrafo 3.º do Estatuto da Cidade. Não se vê, portanto, expressiva vantagem ou comodidade na criação de associação para figurar no pólo ativo.
> (...).

Ainda quanto à legitimidade, numa perspectiva coletiva, há quem defenda posição controvertida e inovadora a respeito da configuração do usucapião especial coletivo urbano como um instrumento de tutela coletiva, tecendo uma relação entre o sistema proposto pela Lei da Ação Civil Pública e o Código do Consumidor e esse novo instrumento.

Por tal concepção se conferiria legitimidade ao Ministério Público para propositura de ações dessa natureza, em razão da conotação claramente coletiva do Estatuto da Cidade, que se insere na ordem urbanística, matéria que consta no artigo 4.º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), que dispõe sobre os interesses a serem protegidos por via de tal ação coletiva.[236]

Se o Ministério Público deve obrigatoriamente intervir nas ações de usucapião especial urbana, é plenamente admissível que possa igualmente intentá-las, em nome da coletividade, como o faz com questões relativas ao meio ambiente, ao patrimônio público, à improbidade administrativa ou ao direito do consumidor, assunto cuja

---

[236]Sobre o tema, ver o nosso MINER, Cynthia Regina de Lima Passos. O papel do ministério público na implementação do estatuto da cidade. In: FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de (Org.) **Revista de Direito e Política**, São Paulo, v.3, ano I, p.83-96, set./dez. 2004.

defesa são de sua atribuição no exercício da função institucional de proteção dos direitos coletivos e difusos.

Nesse mesmo sentido, e estendendo a possibilidade para outros entes públicos igualmente legitimados para ingresso com a ação civil pública, sugere Rocha que

> seria possível a utilização do instrumento da ação civil pública, ou outra modalidade de ação coletiva, a fim de se obter medida jurisdicional, com efeito, semelhante, dado que é evidente possível se enquadrar o desenvolvimento urbano e o direito de morar com um interesse metaindividual, seja difuso, coletivo, ou individual homogêneo, dependendo da forma de construção da causa de pedir e do pedido (...) Assim, um vez que se possa configurar que o não exercício da posse de uma área por parte do proprietário, com medida superior a 250m^2, esteja prejudicando o direito constitucional de habitação e o desenvolvimento urbano (...), temos como perfeitamente cabível a legitimidade do Ministério Público e entes da administração pública direta e indireta, no pedido de tutela judicial coletiva visando pedir a perda da propriedade em favor da comunidade, considerada a área globalmente, para, assim, poder a administração pública desenvolver, sem precisar desapropriar, uma política de regularização e desenvolvimento urbano na área, com notável economia ao poder público.[237]

Todavia, seja qual for a opção tomada para a propositura da ação de usucapião coletiva, pelos moradores em composse, pela associação de moradores ou, ainda, admitindo-se, pelo Ministério Público, a sentença que declarar a usucapião urbana coletiva terá o condão de atribuir a cada um dos possuidores uma fração ideal do imóvel, independentemente da extensão ocupada por cada um deles, exceto se houver acordo entre todos que permita estabelecer frações diversas.

Ocorre, portanto, com a sentença, a instituição de um condomínio especial e indivisível que, de acordo com o parágrafo 4.º do artigo 10, não é passível de extinção, salvo se assim deliberarem ao menos dois terços dos condôminos, desde que este condomínio tenha sido objeto de urbanização. Em outras palavras, a área é

---

[237]ROCHA, Ibraim José das Mercês Rocha. Ação de usucapião especial urbano coletivo. Lei n.º 10.257/2001 (Estatuto da Cidade): enfoque sobre as condições da ação e a tutela. **Jus Navigandi**, Teresina, Ano 6, n.52, nov. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2406>. Acesso em: 11 set. 2005.

usucapida como um todo, e após a realização das obras de urbanização, os moradores poderão continuar em regime de condomínio ou optar pela sua extinção.

Diz-se especial justamente por não estar sujeito à extinção nos moldes do condomínio do que prevê o Código Civil, e sim porque a extinção, se desejada, deverá obedecer à vontade do grupo, com mais uma condição, que é a existência de um projeto de urbanização. É sujeito, pois, a dois requisitos que incorrem simultaneamente, estando a vontade da população submetida à urbanização.[238]

Cuida-se de *"uma pluralidade de direitos individuais sobre a mesma base material"*[239], pois em que pese a atribuição de frações ideais aos moradores, a área continua a ser considerada na sua totalidade, alterando-se tal configuração apenas se assim desejarem ao menos dois terços dos condôminos e após a conformação urbanística.

A idéia de busca de soluções coletiva para as situações supervenientes, surgidas na administração do condomínio especialmente constituído, encontra disposição expressa na Lei n.º 10.257/01, em que foi previsto que tais deliberações deverão ser tomadas pela maioria dos condôminos presentes em reuniões ou assembléias, e que tais decisões obrigam os demais, ainda que discordantes ou ausentes.

A análise da configuração desse condomínio especial coloca em evidência a intenção de criar uma figura que mescla os modelos proprietários individual e coletivo, prevalecendo a idéia de que na contemporaneidade há que se reconhecer a existência de uma zona de interseção entre o público e o privado.

Mais que isso, demonstra a insuficiência de uma concepção de propriedade baseada em conceitos únicos e absolutos, pois o padrão estabelecido para a instituição do condomínio tal como tradicionalmente tratado pelo Código Civil não é suficiente para abranger a realidade em que se insere esse novo condomínio criado pelo Estatuto

---

[238]LOUREIRO, Usucapião coletivo..., p.108.

[239]Trata-se de expressão utilizada por Gustavo Tepedino em sua obra Multipropriedade imobiliária (São Paulo: Saraiva, 1993. p.2). Ainda que as situações tratadas pelo ilustre professor e as estudadas neste trabalho sejam distintas, o fio condutor de ambas é a evidência da ruptura da idéia de propriedade única, monolítica, herança da modernidade, no direito contemporâneo.

da Cidade e que se soma a outros instrumentos dessa Lei para comprovar a impossibilidade de sobrevivência de um modelo proprietário único.

Com todas as suas peculiares características a usucapião urbana coletiva afigura-se um dos mais importantes instrumentos de regularização de espaços urbanos ocupados por populações pobres existentes atualmente, seja porque, pela sua natureza, ultrapassa as fronteiras do individualismo arraigado em nosso Direito, seja porque, rompendo com o caráter absoluto da propriedade, é um instrumento efetivo de consolidação da sua função social a partir do reconhecimento da posse como um verdadeiro direito.

Contudo, se a usucapião é um instrumento apto à resolução de conflitos fundiários urbanos no que diz respeito a imóveis privados, a vedação constitucional de usucapião de imóveis públicos não esconde que a realidade urbana também se estende para aquelas propriedades cuja titularidade pertence ao Poder Público e por não terem recebido destinação adequada acabaram por ser igualmente ocupadas por famílias de baixa renda.

Se o Estado demonstra interesse em resolver as questões que envolvem o uso adequado da propriedade privada, em consonância com o princípio da função social – não se pode olvidar que tal princípio também a ele se aplica – mas na condição de proprietário não proveu a correta destinação aos seus imóveis e, de outro lado, não funcionou adequadamente na elaboração e implementação de políticas públicas de moradia, deve oferecer uma resposta a essas populações.

O Estatuto da Cidade previa, tal como para o usucapião, normas que dispõem sobre a concessão de uso especial para moradia, em seus artigos 15 a 20, que, no entanto, foram vetados pelo Presidente da República, sendo retirados do seu corpo para serem tratadas posteriormente por meio da Medida Provisória nº 2.220/2001, que acabou por tornar-se um apêndice do Estatuto da Cidade, uma vez

que as suas normas de índole principiológica devem ser observadas também na aplicação de tal instrumento, guardando com ele uma relação axiológica.[240]

Não obstante, instrumento semelhante, a concessão do direito real de uso, instituto já existente no direito pátrio, foi mantida no texto do Estatuto da Cidade, sem que sobre ela a Lei tenha tratado, limitando-se a listá-la no artigo 4.º, inciso V, g, de modo que convivem, portanto, as duas modalidades como passíveis de utilização em situações que reclamem regularização fundiária.[241]

Cumpre observar que a concessão de direito real de uso pode ser implementada quando se tratar de imóvel privado, tanto quanto a usucapião, e a intenção do legislador ao criar um instrumento específico – e especial – voltado para a moradia pretendeu não descuidar das situações envolvendo posses sobre bens públicos.

---

[240]Vejam-se trechos das razões do veto presidencial: "O instituto jurídico da concessão de uso especial para fins de moradia em áreas públicas é um importante instrumento para propiciar segurança da posse – fundamento do direito à moradia – a milhões de moradores de favelas e loteamentos irregulares. Algumas imprecisões do projeto de lei trazem, no entanto, riscos à aplicação desse instrumento inovador, contrariando o interesse público. (...) Os arts. 15 a 20 do projeto de lei contrariam o interesse público sobretudo por não ressalvarem do direito à concessão de uso especial os imóveis públicos afetados ao uso comum do povo, como praças e ruas, assim como áreas urbanas de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental ou destinadas a obras públicas. Seria mais do que razoável, em caso de ocupação dessas áreas, possibilitar a satisfação do direito à moradia em outro local, como prevê o art. 17 em relação à ocupação de áreas de risco. O projeto não estabelece uma data-limite para a aquisição do direito à concessão de uso especial, o que torna permanente um instrumento só justificável pela necessidade imperiosa de solucionar o imenso passivo de ocupações irregulares gerado em décadas de urbanização desordenada. (...)." A mensagem finaliza com o compromisso de o Poder Executivo enviar ao Congresso Nacional texto de lei que supra tais lacunas.

[241]O professor Ricardo Pereira Lira pronuncia-se acerca da possibilidade de emprego da concessão de direito real de uso nos seguintes termos: "As utilidades desse instituto podem igualmente ser valiosas, sobretudo em uma política de regularização fundiária, para titulação de áreas de assentamento de populações de baixa renda (favelas, mocambos, palafitas, loteamentos irregulares do ponto de vista dominial), prevendo-se no final do prazo da concessão uma opção de compra, com o que se ensejará a essas populações o acesso à propriedade da terra urbana." (LIRA, Ricardo Pereira. Direito à habitação e direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n.6/7, p.86, 1998/1999).

Como se verifica do disposto no Estatuto da Cidade pouco difere a concessão de uso especial de bens públicos para fins de moradia com a usucapião constitucional, feita a ressalva da questão do prazo, como veremos adiante.

A concessão de uso especial para fins de moradia, afirma Regis Fernandes de Oliveira, "é a única forma de garantir a posse e a permanência daqueles que estariam em condições de adquirir a propriedade desses bens, caso não fossem públicos".[242]

A principal diferença entre os dois instrumentos, usucapião coletiva e concessão de uso especial para fins de moradia diz respeito à incidência desta última somente sobre bens públicos, tendo surgido justamente em razão da proibição constitucional quanto à possibilidade de usucapião de imóveis públicos.

Os requisitos são bastante semelhantes aos da usucapião especial urbana, embora trate de procedimento que comporta tanto a via administrativa quanto a judicial, esta eleita somente em caso de omissão do Poder Público. Também, a exemplo da usucapião especial urbana, pode recair sobre posse individual ou coletiva.

Interessante notar que o prazo de cinco anos encontra seu termo final no mês de julho de 2001, o que expõe a intenção de promover-se a regularização de situações ocorridas até então, estabelecendo um limite que se presta a evitar a ocorrência de novas ocupações irregulares. Isso significa que os imóveis públicos ocupados até cinco anos antes do prazo estabelecido, vale dizer, até o mês de julho de 1996, seriam acobertados por tal instrumento. Às posses em imóveis públicos ocorridas após a data limite não poderia ser aplicado o instrumento.

Na hipótese da concessão especial individual deve ser igualmente respeitado o limite de duzentos e cinqüenta metros quadrados, assim como as demais condicionantes relacionadas à utilização com a finalidade de moradia, posse contínua e sem oposição,

---

[242]OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Comentários ao estatuto da cidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.63.

e não ser proprietário ou concessionário a qualquer título de outro imóvel, seja ele urbano ou rural.

Para a concessão especial na modalidade coletiva, persistem os requisitos no tocante à extensão – mais de duzentos e cinqüenta metros quadrados –, além das condições atinentes à baixa renda e impossibilidade de individualização dos lotes, exatamente como na usucapião coletiva.

Bem assim, persiste a proibição de que uma mesma pessoa se beneficie da concessão para fins de moradia por mais de uma vez, e reproduz o Estatuto da Cidade no que diz respeito à soma das posses, fixando a *sucessio possessionis* para a concessão individual e a *acessio possessionis* para a concessão coletiva.

À luz do princípio constitucional da igualdade a Medida Provisória repete o dispositivo que determina dever ser a concessão especial conferida ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

De resto, há dispositivos comuns que reproduzem o contido no Estatuto da Cidade a respeito da usucapião coletiva, estabelecendo de modo a não restarem dúvidas que a fração ideal de cada morador não pode superar o limite de duzentos e cinqüenta metros quadrados.

As distinções, contudo, surgem quando o texto legal determina que o Poder Público, ao considerar que o local ocupado oferece risco à vida ou à saúde dos ocupantes, garantirá o exercício do direito em outro local.[243] Aliás, não constitui qualquer exagero dizer que o pedido formulado pela população que se pretende ver beneficiada por tal instituto obriga o Poder Público a fornecer uma resposta, pois a sua omissão, dentro do prazo de doze meses, constitui motivo para ingresso com pedido em juízo.

---

[243]Da mesma maneira deverá o Poder Público proceder caso o bem ocupado configure: I - de uso comum do povo; II - destinado a projeto de urbanização; III - de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais; IV - reservado à construção de represas e obras congêneres; ou V - situado em via de comunicação.

O contrato de concessão, que para o direito administrativo, constituía faculdade da Administração, assume caráter de efetivo direito da população e obrigação do Estado, sendo o título administrativo – ou a sentença – documento apto para o registro em cartório imobiliário, podendo ser transferido por ato inter vivos ou *causa mortis*.

Chama-se atenção ainda para a possibilidade de extinção do direito, caso o concessionário promova outra destinação ao imóvel que não seja a moradia sua ou de sua família, ou, ainda, adquira a propriedade ou a concessão de outro bem imóvel urbano ou rural. Nessa perspectiva, o contrato firmado entre o morador e o Poder Público tem como condição específica determinada situação, que é a possibilidade de segurança da posse e garantia do direito de moradia. Desviada tal finalidade, extingue-se o direito.

Se na usucapião especial urbana gera polêmica a possibilidade de exercício de atividade comercial na área usucapida, em razão da sua especial finalidade, que é a moradia, a Medida Provisória n.º 2.220/01 acabou por criar uma autorização, figura mais precária que a concessão, gratuita, especificamente para imóveis utilizados com fins comerciais.

Ao admitir a concessão do uso de terras públicas para fim de moradia, sem prazo determinado e repetir o que a Lei prevê acerca da usucapião especial urbana, o legislador volta-se a questões que por muito tempo permaneceram sem solução, muitas das vezes em razão da inércia e do desinteresse do Poder Público.

A inspiração que permeou a idéia da concessão especial de uso para fins de moradia deixa evidente que manter a proibição de usucapião de imóveis públicos sem oferecer qualquer alternativa às populações carentes é atitude que acaba por sobrepor-se à dignidade humana e que não pode prevalecer.

Os dois instrumentos sobre os quais nos debruçamos no presente capítulo vem ao encontro do arcabouço teórico formulado para o estatuto da propriedade urbana na Constituição brasileira de 1988 e consubstanciado no Estatuto da Cidade, assim como nos dispositivos da Medida Provisória n.º 2.220/2001, demonstrando a

impossibilidade de subsistência de uma concepção monolítica da propriedade na contemporaneidade.

Demonstra que, em consonância com os estudos do direito privado na ótica do Direito Civil constitucional, o Estatuto da Cidade é uma lei que contempla a necessidade de colocar-se no centro do ordenamento jurídico um sujeito que, diferentemente daquele sujeito de direito abstrato da modernidade, caminha e abre espaços em direção à sua emancipação. Esse novo papel assumido pelo sujeito encontra ressonância na forma como é tratado o direito de propriedade na Constituição, e conseqüentemente no Estatuto da Cidade.

Em igual sentido, reconhece a relevância das situações concretas em face da abstração traduzida no título de propriedade que, não obstante para o Direito dos Códigos modernos seja oponível *erga omnes* e absoluto, tem como suporte material uma realidade fática que a ele se sobrepõe e que não deve ser ignorada pelo Direito.

CAPÍTULO 3

REFLEXOS E SINTOMAS NA CODIFICAÇÃO DE 2002

Por opção da Constituição Brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana foi elevada à condição de fundamento da República e, como tal, a pessoa passou a figurar no cerne das preocupações do Direito, fazendo com que todo o ordenamento deva funcionar de modo a protegê-la, restando o patrimônio, outrora tomado como elemento central das relações jurídicas, relegado a um segundo plano.

Não obstante, a análise do Código Civil de 2002 deve guardar em perspectiva a idéia de que a sua elaboração teve início antes mesmo que tivessem sido dados os primeiros passos em direção à construção da ordem constitucional que hoje impera. Isso significa dizer que a racionalidade que permeia o texto do novo Código acompanha a racionalidade do Código Napoleônico e da Escola Pandectista, tal como o Código de 1916, dando continuidade a um projeto patrimonialista e conceitualista.[244]

Contudo, nem esse traço patrimonialista herdado do Código Civil de 1916 fez com que o novo Código permanecesse completamente imune ao giro teórico provocado pela Constituição de 1988, com a incidência do princípio da dignidade humana, de maneira geral, e mais especificamente, da função social da propriedade.

Tal afirmação procede na medida em que é possível identificar em seu corpo determinados dispositivos referentes à propriedade que se encontram adequados – ainda que incorporados no Código timidamente – à tábua de valores e à ordem normativa constitucionais e que até então constituíam matéria absolutamente estranha ao direito codificado em nosso País.

Primeiramente chama-se atenção para o estatuído no parágrafo único do artigo 2.035, no qual encontra-se expressamente determinado que nenhuma

---

[244]"A racionalidade que permeia todo o projeto está ligada à proteção à apropriação e da circulação de bens, abstraindo-se os seres humanos concretos que estarão envolvidos nas relações jurídicas ali previstas." (FACHIN, Sobre o projeto..., p.132).

convenção particular poderá prevalecer sobre as normas de ordem pública, a fim de assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Ao assim dispor, revela que a função social da propriedade é um dos princípios que norteiam a atividade privada e determina que quaisquer acordos estabelecidos entre particulares poderão jamais se sobrepor a tal princípio, que assume natureza de norma cogente.

O arcabouço normativo constitucional, somado à determinação contida no artigo 2.035, permite que a interpretação dos mandamentos contidos no Código Civil de 2002 obedeça a uma racionalidade diversa do direito dos Códigos inspirados pelo pensamento individualista e conceitualista da modernidade.

O regramento da propriedade no Código Civil encontra no artigo 1.228 seus traços fundamentais: logo no caput, repete-se a fórmula consignada no Código de 1916 de descrição dos poderes inerentes à propriedade conjugada com a idéia de oponibilidade *erga omnes*, segundo a qual o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, bem como o direito de reavê-la de quem injustamente a possua ou detenha.

Com efeito, embora garanta ao proprietário o exercício do direito, determina que a sua fruição seja condicionada a fatores que afastam a idéia de propriedade absoluta e estática. Ao contrário, o princípio da função social incide sobre esse direito que é forjado como um dos pilares do direito privado, publicizando-o na medida em que a ele incorpora interesses de ordem social e econômica, dispondo da seguinte forma:

> § 1.º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com 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.

Isso significa que o direito de propriedade deve pautar-se em finalidades econômicas e sociais, consoante a principiologia constitucional que necessariamente o informa e que ora se encontra também positivada na ordem civilística introduzida pelo novo Código Civil, perseguindo os objetivos da Constituição.

Se anteriormente os atributos do direito de propriedade constituíam verdadeiros poderes do proprietário, o novo Código optou por classificá-los como faculdade. Sobre tal eleição do legislador, Gustavo Tepedino afirma que a redação do caput do artigo 1.228, ao utilizar a expressão "o proprietário tem a faculdade" revela-se mais técnica e mais adequada à concepção positivista da propriedade privada que permeia o Código, diferente da redação anterior, de matriz nitidamente jusnaturalista, eis que a lei limita-se a reconhecer um poder a ela preexistente.[245]

A par do cumprimento da função social, o Código prevê limitações de ordem diversa, como no caso do direito de vizinhança, previsto nos artigos 1.277 a 1.313, ou ainda decorrentes de situação em que o direito seja exercido de modo a prejudicar outrem, conforme disposição do parágrafo 2.º.

Cumpre observar, nesse particular, que há uma aparente contradição caso se opte por interpretar que tais limites a que faz menção o parágrafo em comento guardam relação com a função social da propriedade, uma vez que limites como o direito de vizinhança, acima declinado a título de exemplo, são externos ao direito, o mesmo não ocorrendo com a função social, que constitui essência do direito de propriedade, eis que inserida no seu próprio conteúdo.

De qualquer sorte, não há como se afirmar categoricamente, numa interpretação topográfica do texto legal, que a intenção do legislador foi fazer referência à função social da propriedade em tal parágrafo, tendo em vista que a função social foi disposta em parágrafo distinto, o que pode configurar inclusive o intento de tratar de forma diferenciadas as duas perspectivas do direito, uma interna, consubstanciada na função social, e outra externa, consubstanciada nos limites a que faz alusão.

Todavia, a preocupação do legislador em tratar de tais situações é uma evidência de que o direito real de propriedade perde seu tradicional caráter absolutista e que o princípio da função social da propriedade informa seu exercício, como nos ensina Fachin, em trabalho de atualização da obra de Orlando Gomes:

---

[245]TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.305.

> O novo Código Civil, ao estatuir os poderes inerentes à posição jurídica do proprietário, por exemplo, tornou defesa a prática de atos animados pela intenção de prejudicar outrem, nos termos do § 2.º do art 1.228. O exercício deve, pois, estar informado pela utilidade ou comodidade. Na base dessa ordem de idéias está a função social da propriedade, que merece acolhida, inclusive porque se projetou para o novo Código na forma de regra cogente. Por isso mesmo, consoante o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil de 2002, os preceitos que asseguram a função social (tanto da propriedade quanto do contrato) são de ordem pública, evidenciando limites aos poderes dos proprietários.

Sob esse prisma, é nos parágrafos 4.º e 5.º que reside proeminente inovação no que diz respeito ao tratamento da propriedade no Código Civil de 2002, com a criação de dispositivos que inovam na medida em que concebem o direito de propriedade como algo passível de ser retirado da esfera dos direitos subjetivos do titular, e como tal, individualizada e absoluta, para ingressar na titularidade de direitos de uma coletividade que dela tenha feito uso e dado uma destinação relevante do ponto de vista social e econômico.[246]

Nesse contexto é que se insere essa nova figura jurídica convolada na possibilidade de que o julgador prive o proprietário de um bem imóvel utilizado por uma coletividade – considerável número de pessoas no dizer da Lei – que exerça posse ininterrupta por cinco anos em área extensa[247], seja ela urbana ou rural, e que

---

[246] § 4.º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5.º 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.

[247] A lei não estabelece definição do que venha a ser extensa área, embora seja possível procurar em outros textos legais alguns parâmetros, como na Lei n.º 9.785/99, que conferiu nova redação ao § 1.º do artigo 4.º da Lei n.º 6.766/79, prevendo a possibilidade de os Municípios fixarem "áreas mínimas e máximas de lotes". Contudo, ainda não se teria a definição do que corresponde a extensa área, de modo que a melhor solução é a verificação de forma casuística. Contudo, o critério aventado refere-se somente a áreas urbanas, enquanto que o os dispositivos em análise aplicam-se igualmente a as áreas rurais.

nela realizem obras e serviços considerados pelo juiz de relevante interesse social e econômico.[248]

No sentido apreendido no presente trabalho, cabe ressaltar a importância de tal instituto no tratamento dos conflitos coletivos que têm como cenário o espaço urbano, no mesmo contexto em que foram tratadas as normas existentes no Estatuto da Cidade e da Medida Provisória n.º 2.220/01, estudadas no capítulo anterior.

Vale dizer, é um instrumento que se soma ao arcabouço de normas destinadas a fazer com que a propriedade cumpra a sua função social dentro de um contexto coletivo, como a usucapião coletiva urbana e a concessão de uso para fins de moradia, rompendo com a tradição civilista clássica que se ocupa do indivíduo proprietário para voltar-se à coletividade a quem se reconhece o direito de acesso à propriedade.

O professor Miguel Reale, supervisor da comissão elaboradora do anteprojeto do novo Código Civil brasileiro, justificou a inclusão desse dispositivo por ele considerado uma 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".[249]

A origem de tal criação encontra uma possível resposta na decisão exarada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e que parece ter servido como fonte de inspiração dessa norma. Trata-se de acórdão proferido por esse Tribunal em apelação contra decisão que julgou procedente ação reivindicatória na qual o proprietário reclamava a propriedade de uma área ocupada por famílias pobres há mais de vinte anos.

---

[248]Recorde-se que sobre a desapropriação por interesse social a Lei n.º 4.132/62 já havia estabelecido, em seu artigo 2.º, IV, hipótese similar quando o interesse social reclamasse "a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de dez famílias".

[249]REALE, Miguel. Exposição de motivos ao Ministro da Justiça. **Diário do Congresso Nacional**, Seção I, suplemento B ao n.061, p.121, 13.6.1975 n.27 *c*.

A área objeto da ação reivindicatória encontrava-se com ocupação absolutamente consolidada, dotada de abastecimento de água, energia elétrica e outros equipamentos urbanos, numa situação em que o direito argüido pelo reivindicante consistia apenas na ficção do título de propriedade. Ao decidir pela necessidade de indenização do proprietário, reconheceu o absurdo que seria promover o desalojamento das famílias que habitavam o imóvel e julgou improcedente a demanda reivindicatória, reconhecendo o direito dos moradores a permanecer no local. Merece transcrição o julgado:[250]

> Trata-se de favela consolidada, com ocupação iniciada há cerca de 20 (vinte) anos. Está dotada, pelo Poder Público, de pelo menos 03 (três) equipamentos urbanos: água, iluminação pública e luz domiciliar. As fotos de fls. 10/13 mostram algumas obras de alvenaria, os postes de iluminação, um pobre ateliê de costureira, etc., tudo a revelar uma vida urbana estável, no seu desconforto.
>
> O objeto da Ação Reivindicatória é, como se sabe, uma coisa corpórea, existente e bem definida. Veja-se por todos, Lacerda de Almeida:
>
> "Coisas corpóreas em sua individualidade, móveis ou imóveis, no todo ou em uma quota-parte, o instituem o objeto mais freqüente do domínio, e é no caráter que apresentam de concretas que podem ser reivindicadas (...)" ("Direito das Coisas", Rio de Janeiro, 1908, p.308).
>
> No caso dos autos, a coisa reivindicada não é concreta, nem mesmo existente. É uma ficção.
>
> Os lotes de terreno reivindicados e o próprio loteamento não passam, há muito tempo, de mera abstração jurídica. A realidade urbana é outra. A FAVELA JÁ TEM VIDA PRÓPRIA, ESTÁ, REPITA-SE, DOTADA DE EQUIPAMENTOS URBANOS. Lá vivem muitas centenas, ou milhares, de pessoas. Só nos locais onde existiam os 09 (nove) lotes reivindicados residem 30 (trinta) famílias. Lá existe uma outra realidade urbana, com vida própria, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade. O comércio está presente, serviços são prestados, barracos são vendidos, comprados, alugados, tudo a mostrar que o primitivo loteamento hoje só tem vida no papel.
>
> Loteamento e lotes urbanos são fatos e realidades urbanísticas. Só existem, efetivamente, dentro do contexto urbanístico. Se são tragados por uma favela consolidada, por força de uma certa erosão social, deixam de existir como loteamento e como lotes.
>
> A realidade concreta prepondera sobre a "pseudo-realidade jurídica cartorária". Esta não pode subsistir, em razão da perda do objeto do direito de propriedade. Se um cataclismo, se uma erosão física, provocada pela

---

[250]Trata-se de acórdão da 8.ª Câmara do TJSP, Apelação Cível n.º 212.726-1-8-São Paulo. Relator Des. José Osório, julgado em 16.12.1994.

natureza, pelo homem, ou por ambos, faz perecer o imóvel, perde-se o direito de propriedade.

Essa é a Doutrina e a Jurisprudência consagradas há meio século no Direito brasileiro.

O desalojamento forçado de 30 (trinta) famílias, cerca de 100 (cem) pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior da extensa favela, já consolidada, implica uma operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito.

É uma operação socialmente impossível.

E o que é socialmente impossível é juridicamente impossível.

Por aí se vê que a dimensão simplesmente normativa do Direito é inseparável do conteúdo ético-social do mesmo, deixando a certeza de que a solução que se revela impossível do ponto de vista social é igualmente impossível do ponto de vista jurídico.

O atual direito positivo brasileiro não comporta ao pretendido alcance do poder de reivindicar atribuído ao proprietário pelo art. 524 do CC.

A leitura de todos os textos do CC só pode ser fazer à luz dos princípios constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal ou que se desenvolva paralelamente a ela.

Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CF a submeteu ao princípio da função social (artigos 5.º, XXII e XXIII; 170, II e III; 182, 2.º; 184; 186, etc.).

Esse princípio não significa apenas uma limitação a mais ao direito de propriedade, como, por exemplo, as restrições administrativas que atuam por força externa àquele direito, em decorrência do poder de polícia da Administração.

O princípio da função social atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previsto no art. 524 do CC (usar, fruir, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário. Veja-se, a esse propósito, José Afonso da Silva, "Direito Constitucional Positivo", 5.ed., p.249/0, com apoio em autores europeus.

Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos.

No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social. O loteamento pelo menos no que diz respeito aos 09 (nove) lotes reivindicandos e suas imediações – ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973 havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978/1979, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação, não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários.

> O "jus reivindicandi" fica neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece a eventual pretensão indenizatória em favor dos proprietários, contra quem de direito.
> Diante do exposto, é dado provimento ao Recurso dos réus para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência, e prejudicado o Recurso dos autores.

Ainda que no momento da articulação do referido decisório não tenham os julgadores se preocupado em classificar qual a natureza da figura que naquele momento ganhava seus primeiros contornos, constitui preocupação atual dos juristas, por apego à forma e à classificação nos moldes oferecidos pelo Direito, desvendar a que categoria jurídica pertence o novo instituto, que por alguns é considerada verdadeira desapropriação e por outros é considerada modalidade de usucapião.

As dúvidas surgem em razão da largueza da norma, que se ocupou em dispor apenas de maneira genérica sobre o assunto, restando claro que se atribuiu à tarefa interpretativa identificar a real natureza jurídica desta nova modalidade de aquisição e perda da propriedade imóvel estabelecida na lei civil, em conformidade com o regramento da matéria na Constituição de 1988.

Tem-se como certo, portanto, que se trata de dispositivo que determina a perda da propriedade para quem não exerce o direito em consonância com as exigências da função social, beneficiando quem exerce a posse qualificada pelo trabalho de uma coletividade, por determinado período de tempo.

Em cotejo com o Estatuto da Cidade, já foi dito, como o fez Ricardo Aronne, que haveria uma suposta antinomia entre a previsão do art. 1228, § 4.º e o artigo 10 do Estatuto – usucapião urbana coletiva – devendo, em sua opinião, prevalecer a regra do Estatuto, ante o princípio da especialidade. Vale dizer, este posicionamento entende como institutos de natureza idêntica o instrumento expropriatório do Código Civil e a usucapião coletiva do Estatuto da Cidade.[251]

---

[251]Ao contrário da usucapião coletiva, a desapropriação judicial do Código Civil requer a realização de obras de relevante interesse econômico e social, constituindo este mais um ponto de afastamento entre elas. A idéia de antinomia está em ARONNE, Ricardo. **Código civil anotado**: direito das coisas. Disposições finais e legislação especial selecionada. São Paulo: IOB-Thompson, 2005. p.127.

Todavia, não é recomendável, à luz dos princípios constitucionais, que prevaleça a idéia de que se identifique com a usucapião, e sim de figura que mais se aproxima de uma desapropriação fundada na utilidade social da posse e na destinação do bem expropriado, uma vez que deverá ser fixada pelo julgador indenização justa devida ao proprietário. Nesse sentido foi a manifestação do professor Miguel Reale ao se referir ao caráter revolucionário do instrumento, que confere poder expropriatório ao juiz, fato inédito em nossa legislação.[252]

Contudo, a doutrina encontra-se dividida.

Ao identificar o dispositivo com uma nova forma de usucapião, Washington de Barros Monteiro, em versão atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf, considerando que "tal forma de usucapião aniquila o direito de propriedade previsto na Lei Maior, configurando-se um verdadeiro confisco, pois, como já dissemos, incentiva a invasão de terras urbanas, subtrai a propriedade de seu titular", sobre ele assim se pronuncia:

> As regras contidas nos §§ 4.º e 5.º abalam o direito de propriedade, incentivando a invasão de glebas urbanas e rurais, criando uma forma nova de perda do direito de propriedade, mediante o arbitramento judicial de uma indenização, nem sempre justa e resolvida a tempo, impondo dano ao proprietário que pagou os impostos que incidiram sobre a gleba.[253]

Um ponto que o afastaria da desapropriação seria o fato de não se tratar de ato administrativo, pois não há ato da Administração Pública nesse sentido, uma vez que depende de determinação judicial manifestada em sede de ação reivindicatória. É justamente esse o argumento a que estão vinculados aqueles que

---

[252]"Visão geral do novo código civil". Pronunciamento de Miguel Reale na sessão de 29 de novembro de 2001, como membro da Academia Paulista de Letras – APL, publicado em BRASIL. Novo código civil brasileiro: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante/obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Mello Braga Tapai; prefácio do prof. Miguel Reale. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

[253]MONTEIRO, op. cit., p.86-87.

defendem configurar circunstância de usucapião: trata-se de decisão judicial proferida em conflito entre particulares.[254]

Por outro lado, se não há interferência da administração pública para o reconhecimento do direito, cabe perquirir a quem caberá o ônus de pagar a indenização justa devida ao proprietário.

Nesse aspecto, se tomarmos por correta a similitude de tal instituto com a desapropriação seria de bom alvitre entender que caberia ao Poder Executivo o pagamento de tais valores, o que parece correto ante a premência do desenvolvimento de uma adequada política pública de habitação a ser desenvolvida no País.

Mas há quem diga que estaria o Poder Judiciário a pronunciar-se sobre mérito administrativo, criando verdadeiro "dever de desapropriar", emitindo juízo axiológico sobre ato cuja iniciativa é exclusiva da Administração, em clara afronta aos princípios constitucionais da separação e independência dos Poderes.[255]

Sob ótica diversa, reduzir a questão a um conflito entre particulares no qual o Estado-administração, por não ser parte na ação judicial, não poderá arcar com quaisquer ônus, é um reducionismo que pode enveredar para o cometimento de injustiças ou, ainda, para a não aplicação do novo instrumento, ante a dificuldade na busca de soluções que se afigurem mais corretas.

---

[254]É possível afirmar que a mesma possibilidade incide no caso de ações possessórias, uma vez que, como se percebe, são recorrentes as situações em que os proprietários ingressam com tais medidas para reaver uma posse que evidentemente não mais possuem ou que nunca exerceram, com fundamento no título de propriedade, em razão de benefícios processuais existentes nas possessórias, como a possibilidade de liminar em caso de ação de força nova, entre outros. Sobre isso, ver FOWLER, Marcos Bittencourt; PASSOS, Cynthia Regina de Lima. O ministério público e o direito à terra. In: STROZAKE, Juvelino (Org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. O texto trata da intervenção ministerial nos feitos possessórios envolvendo coletividades, fiscalizando o cumprimento das normas processuais que, por se tratar de grande número de litigantes, acabam por ser "mitigadas" pelo Juízo quando da concessão de liminares de reintegração de posse. Também deve o Ministério Público zelar pelo direito material, consubstanciado na fiscalização acerca do real cumprimento da função social por aquelas propriedades outrora abandonadas e posteriormente ocupadas pelos movimentos sociais.

[255]LOTTI, Armando Antonio. **Da chamada aquisição da propriedade por interesse social**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/urbanistico/doutrina/id34.htm>. Acesso em: 29 abr. 2006.

Nesse ponto é que essa peculiar forma de expropriação deve ser entendida como um instrumento de regularização fundiária de forma a assegurar o direito à moradia. E, se assim o for, poderíamos chegar à conclusão de que se trata de uma modalidade especial de desapropriação, nascida no bojo de uma ação judicial, e que obrigaria o Estado ao pagamento da indenização em nome da segurança da posse e do direito da coletividade.

Justamente nesse mote reside o ponto de inflexão da questão: aqueles que defendem tratar-se de usucapião tomam a relação processual somente numa perspectiva individual, de solução de conflitos entre particulares, sendo que o julgador, ao determinar o perdimento do bem mediante a fixação de preço, atribuirá à coletividade a responsabilidade pelo seu pagamento.

Outro argumento de quem entende assemelhar-se à usucapião coletiva são os prazos e as condições fixados pelo Código Civil, que praticamente reproduzem a norma do Estatuto da Cidade no que diz respeito à posse ininterrupta e de boa-fé (sem oposição) pelo período de cinco anos, diferindo somente no fato de que haveria um preço a ser pago pelos "usucapientes", configurando uma espécie de usucapião onerosa[256], curiosamente instituto também inexistente em nosso Direito, eis que a usucapião é uma modalidade gratuita de aquisição da propriedade.

Forte característica que contribui para colocar por terra a idéia de que se trata de usucapião reside na determinação de que a propriedade, nesta, é adquirida pela sentença que reconhece os pressupostos objetivos e subjetivos, e que serve como título para registro em cartório, o que não ocorre com o novo instituto, no qual o registro só poderá ser efetivado após o pagamento do valor fixado pelo Juízo. Na usucapião não há qualquer outra condicionante após a sua declaração.

---

[256]ZAVASKI, Teori Albino. A tutela da posse na constituição e no projeto do novo código civil. In: COSTA, Judith Martins (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.843/861.

Cabe registrar, nesse percurso, que o Centro de Estudos da Justiça Federal promoveu, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, Jornada de Direito Civil, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, na qual restaram aprovados dois enunciados sobre o tema e que, embora não tenham força vinculante, traduzem o pensamento de boa parte do Poder Judiciário a respeito da aplicação de tal instrumento.[257]

O primeiro deles orienta que *"nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§ 4.º e 5.º do artigo 1.228 do novo Código Civil"* (enunciado n.º 83). Ou seja, segundo entendimento da magistratura federal, o dispositivo é aplicável tão-somente em imóveis particulares.

Outra conclusão da jornada considera que a *"defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4.º e 5.º, do novo Código Civil) deve ser argüido pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização"* (enunciado n.º 84).

Ao contrário do que entendemos, preponderou, para a Magistratura Federal, a idéia de atribuir-se o ônus aos moradores.

Em tal cenário de desencontros e controvérsias, afigura-se mais correto, em nossa inteligência a respeito do assunto, considerá-la uma nova forma de desapropriação judicial com características peculiares, como observa Fachin, em atualização da obra de Orlando Gomes. Na mesma obra, as palavras do autor explicitam a preocupação com as questões que envolvem os problemas urbanos relacionados à situação fundiária brasileira.

> A mais enérgica das limitações ao direito de propriedade alarga-se nos seus fundamentos, tendendo-se para admitir seu emprego por desamparo do imóvel, desvio de sua destinação, venda para loteamento particular e manutenção de posseiros no solo que ocupam. (...) O uso do solo privado passa a se subordinar a diretrizes traçadas pelo Poder Público em planos reguladores e standards jurídicos que representam verdadeiro encarceramento

---

[257]Documento localizado na página da Internet: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1156>.

> da propriedade. (...) Importantes disposições legais disciplinaram recentemente o parcelamento do solo para fins urbanos no empenho de dar tratamento jurídico atualizado a problemas que a urbanização dos grandes centros do país vem suscitando, ligados fundamentalmente à habitação.

Nesse contexto de descobertas, é bastante crível que prevaleça a compreensão de que se trata de modalidade desapropriatória, com traços processuais peculiares, cujo procedimento judicial terá início em uma demanda do titular do direito de propriedade, no bojo da qual será verificada a legitimação dos possuidores, sendo promovida a cientificação do Poder Público competente, que atuará no feito como parte legítima, ingressando na lide e assumindo o ônus do pagamento da desapropriação, eis que nos afigura incoerente um instrumento que, destinado a resolver questões fundiárias de populações carentes, a elas atribua o ônus de honrar o pagamento dos valores fixados pelo julgador.

Diante disso, qualquer que seja o *nomen iuris* e a natureza jurídica do novo instituto, resta demonstrado que as situações concretas clamam por soluções para as quais a moldura do Direito positivado não se confirma suficiente. Certamente o caráter revolucionário atribuído pelo professor Miguel Reale a tal instituto é revelado pela sua função de instrumento de regularização fundiária[258], ponto em que, mesmo sendo externo ao Estatuto da Cidade, a ele se conecta como um meio de intervenção direta na propriedade e de reconhecimento da posse como direito, uma posse qualificada e enriquecida pelos valores do trabalho.

Se o Estatuto da Cidade surge como resultado de conflitos envolvendo situações proprietárias consubstanciadas, de um lado, na ausência e na impossibilidade de acesso e, de outro, na acumulação especulativa, tais conflitos espraiam-se para a seara do Direito Civil, do qual a propriedade constitui um dos pilares, e clama por

---

[258]O mesmo vale para os problemas fundiários rurais, visto que a Lei não faz qualquer distinção. Contudo, parece-nos que o instrumento se revela mais adequado à solução de problemas decorrentes da urbanização, tanto quanto a usucapião coletiva do Estatuto da Cidade.

uma forma de regulação completamente diferenciada, que é precisamente o caso desse novo instrumento que convencionamos chamar de desapropriação judicial.

Seu caráter transcende à simples disposição processual debruçando-se sobre o direito material e reconhecendo a impossibilidade de proteção à propriedade que não cumpre sua função social, demonstrando que ante a insuficiência dos instrumentos tradicionais para a solução justa, e não meramente formal, de problemas coletivos, o Direito não pode permanecer com os olhos cerrados à realidade, pois a propriedade não pode mais ser concebida no sentido absoluto de outrora.

Ao conferir ao juiz o poder de determinar a transferência de propriedade aos ocupantes de área considerada *extensa*, com posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, que nela tenham, em conjunto ou separadamente, realizado obras e serviços considerados como de interesse social e econômico relevante o legislador confere ao Judiciário a responsabilidade por fazer com que a lei seja aplicada em harmonia com os princípios constitucionalmente estatuídos, em conjunto com a disposição contida no artigo 2.035, que positiva no Código Civil o princípio da função social da propriedade.

Tanto assim é que existem requisitos objetivos, mas dotar de significados concretos as cláusulas gerais, como as expressões "extensa área", "considerável número de pessoas", realização de obras e serviços de "interesse social e econômico relevantes" constitui papel relevante da jurisprudência e da doutrina.

Em outras palavras, é larga a margem de discricionariedade atribuída ao julgador na apreciação do caso concreto, tendo sido igualmente conferida à doutrina a responsabilidade de oferecer parâmetros interpretativos suficientes à sua aplicação, pautados por uma principiologia axiológica de índole constitucional.

De igual sorte, ante a ausência de regras específicas para a regularização fundiária após a promoção da expropriação em benefício dos moradores, alguns problemas práticos poderão decorrer da individualização da propriedade em nome

de cada morador[259], que, no entanto, fogem à consideração judicial uma vez que a preocupação nuclear do instrumento é conferir a propriedade àquele que exerce posse no local.

A fim de evitar problemas decorrentes da dificuldade de registro do título, quiçá poderiam ser utilizadas as normas contidas no Estatuto da Cidade no que diz respeito à usucapião coletiva e à formação de um condomínio especial, com atribuição de fração ideal a cada um dos moradores, independentemente da área que efetivamente ocupem.

Outras questões de caráter processual deverão surgir, diante da aplicação dessa nova espécie figura expropriatória surgida com o Código Civil de 2002, e que somente a partir da prática serão deslindadas, contribuindo para a construção de um instituto na medida em que ele for aplicado aos casos concretos.

Diante disso, pende de resposta o questionamento sobre o desfecho das possíveis interpretações desse dispositivo, de modo que não há uma conclusão que permita afirmar com maior segurança qual será o entendimento a prevalecer, mesmo porque, se temos como pressupostos a complexidade e a dinâmica do Direito e da sociedade, os novos institutos estarão continuamente em construção, num constante vir a ser.

De qualquer forma, a construção do presente trabalho, cujo percurso tem início na modernidade, atinge seu objetivo de evidenciar a ruptura do conceito de

---

[259]A preocupação no sentido de que sejam criadas dificuldades no registro do parcelamento do solo urbano é externada por Kioitsi Chicuta (**A função registral e a atuação do judiciário**: breves considerações sobre a desapropriação judicial e a concessão real de uso. Disponível em: <http://www.irib.org.br/ salas/boletimel804a.asp>. Acesso em: 17 maio 2006.): "Ainda que munido de memorial descritivo, especificando a porção individualizada de cada possuidor (e sua respectiva família), o Registro de Imóveis poderá recusar o registro do parcelamento, eis que não ouvidos os órgãos responsáveis e até mesmo o Ministério Público, que ostenta a condição jurídica de Curador dos Registros Públicos ou mesmo de fiscal da ordem urbanística. Nesse aspecto, não há como obrigar a intervenção de pessoas que sequer são partes no processo de conhecimento (a Municipalidade, o Estado, por exemplo) e os possuidores sequer ostentam legitimidade para postularem aprovação de parcelamento perante os órgãos públicos quando sequer têm certeza de que a decisão lhes será favorável."

propriedade monolítico ao demonstrar a existência de uma nova concepção de propriedade na Constituição e na legislação infraconstitucional. E nesse compasso demonstrar que no Código Civil de 2002, uma preocupação que soa deslocada e estranha ao seu espírito patrimonialista e conceitualista, assumindo mesmo contornos pouco definidos, volta-se à preocupação com um Direito que se despe do manto da abstração e não se esgota no indivíduo atomizado, mas envolve uma coletividade e sua necessidade de regularização dos espaços nos quais constrói a história de sua existência, promovendo a inclusão, no Direito formal, positivo, de direitos outrora esquecidos em nome de algo que se sobrepunha à pessoa: o patrimônio.

CONCLUSÕES

Ao tempo de proceder ao encerramento deste trabalho, enfatiza a pesquisa apresentada o sentido de guardar em si um caráter reflexivo, que emerge das idéias que permearam e percorreram a elaboração desta dissertação.

A primeira reflexão decorre do papel ambivalente exercido pelo Estado e que diz respeito à garantia da propriedade como um direito individual e absoluto, herança da modernidade; não obstante, justamente contra o Estado os ideais liberais buscaram protegê-la e assegurá-la. No entanto, essa proteção liberal opera como uma via de mão dupla na medida em que o Estado, para garantir a liberdade e a paz, deve garantir a propriedade.

Isso se demonstra na forma como esse conjunto de instrumentos estatais, que têm por dever assegurar o interesse público, vêm agindo com o intuito de proteger e garantir a propriedade privada, privilegiando interesses individuais em detrimento da coletividade.

Para tanto, basta observar determinadas manifestações do Poder Judiciário em suas decisões garantidoras da propriedade individual, ou do Poder Legislativo quando produz leis com caráter eminentemente patrimonialista, e ainda do Poder Executivo que por meio de seu aparato policial utilizado para repressão das ocupações coletivas ou da omissão no que pertine à opção adotada para a elaboração de políticas públicas.

Portanto, a primeira reflexão decorre da opção de o Poder Público garantir a propriedade privada como base de um sistema que não diz somente respeito ao Direito Civil codificado como estatuto do homem privado. Seus tentáculos estendem-se para o Estado, que não é imune aos interesses privados. Não se pode ingenuamente afirmar que o Estado garantirá o bem comum de forma refratária aos interesses privados. Ao contrário, fica demonstrada a permeabilidade da estrutura estatal aos interesses meramente egoísticos e individualistas.

Há que se entender que o enraizamento de tal idéia não poderia ser diferente, se tivermos em conta que o nosso Direito Civil codificado é produto dos ideais liberais, entre os quais a propriedade que se constitui como merecedora de especial proteção. Aliás, como ensina Carlos Frederico Marés[260], "o próprio Estado moderno foi teoricamente construído para garantir a igualdade, a liberdade e a propriedade", ou seja "garantir a propriedade que necessita da liberdade e da igualdade para existir. Somente homens livres podem ser proprietários (...), porque faz parte da idéia da propriedade a possibilidade de adquiri-la e transferi-la livremente".

De tal modo, quanto ao elemento preambular desse final de itinerário, a reflexão concerne ao papel do Estado como instrumento da classe dominante em busca da manutenção da propriedade como direito privado, individual e absoluto, e os esforços em sentido contrário, a fim de que se reconheça a efetividade da função social como meio de redução das desigualdades no País.

A partir disso surge um segundo patamar de análise que pertine à importância do desenvolvimento de uma teoria crítica do Direito Civil, traduzida na repersonalização, na publicização e na constitucionalização, atribuindo novos significados aos tradicionais significantes. Esse caminho dirige suas investigações e esforços a fim de colher e frutificar a pesquisa por meio de saberes arejados que favoreçam a discussão da propriedade não mais como um direito absoluto.

Sabe-se, contudo, que na sociedade esta concepção ainda é prevalente, principalmente quando se trata de conflitos com os quais o Direito não se mostra suscetível de recepcionar adequadamente e acaba cerrando seus olhos à realidade que envolve os direitos de uma coletividade.

Uma concepção insustentável ante o princípio da função social, que, sem embargo não seja novidade na Constituição brasileira, pois figurava já na Constituição de 1946, veio a provocar uma grande transformação no Direito Civil a partir da Constituição de 1988.

---

[260]MARÉS, **A função social**..., p.53.

É nessa perspectiva que, ao estabelecer que a propriedade deve cumprir uma função social, a Constituição de 1988 comprometeu-se em assegurar que a propriedade seja ela mesma um instrumento de garantia dos demais direitos fundamentais nela inscritos, seja explícita ou implicitamente.

A partir dessa nova maneira de compreender tal titularidade surge a terceira reflexão, que conduz à forma como foi estabelecida a distinção entre a função social da propriedade rural e a função social da propriedade urbana na Constituição Brasileira de 1988 e a questão do acesso a esta propriedade urbana, que acaba por determinar a configuração das cidades em nosso País.

Essa diferenciada dimensão considera a multiplicidade de conteúdos e estatutos proprietários, para debruçar-se sobre a propriedade urbana e sua íntima conexão com a cidade, com a sua periferia e com a exclusão decorrente de uma opção tomada pelo sistema jurídico, em determinado momento, e que hoje vem se reconstruindo sob a inspiração constitucional.

Não é outra a preocupação que permeou toda a elaboração do presente trabalho, e que inspirou a pesquisa, servindo como seu pano de fundo e sua fundamental razão de ser: a relação entre a dificuldade de acesso à propriedade urbana e a exclusão, num processo que coloca à margem da cidade oficial, e portanto, do direito positivado, aqueles que não são *sujeitos proprietários*.

No contexto do processo de urbanização de nosso País, a relação estabelecida entre o sujeito e a propriedade determina o que, ou quem, recebe a chancela do reconhecimento estatal. Nas cidades, guetos de exclusão e marginalidade convivem com ilhas de bem-estar e segurança para quem pode pagar por elas, restando espantosa e incontestavelmente evidente que essa inoficialidade tem em seu núcleo uma questão que merece a nossa atenção, que é o acesso à propriedade.

Para além dessa afirmação, embora tenha na questão da moradia o seu cerne, a exclusão não se restringe à segregação espacial, estendendo-se para todos os aspectos da vida, e corresponde à impossibilidade de satisfação das necessidades e dos direitos mais básicos do ser humano.

Como se pretendeu demonstrar, a falta de acesso à propriedade (ou a não satisfação do direito à propriedade) implica a impossibilidade de acesso às *benesses* da cidade (equipamentos urbanos de saúde, transporte, educação, entre outros), o que significa, em última análise, a privação da própria cidadania, ratificando a afirmação de que cidade e cidadania não são conceitos apenas etimologicamente interligados. Eis aí o fio condutor que permeou nossa pesquisa.

Por fim, não é demasiado afirmar não ser possível dissociar a discussão jurídica da realidade, mas reconhecer a insuficiência do Direito e suas categorias abstratas, para definir as situações reais, tendo como objetivo último trazer para o centro da discussão os sujeitos que se encontram na periferia do sistema, problematizando de maneira contínua e obstinada as premissas sobre as quais até então o Direito se sustenta.

O Direito não é feito somente de leis abstratas e não prescinde do ser humano. Ainda que o reconhecimento dos fatos concretos ocorra de maneira por vezes tênue e tímida, como no objeto de nossos estudos, é inegável que a sua relevância acaba por projetar-se na doutrina, na jurisprudência e na legislação.

As palavras do professor Paolo Grossi bem traduzem o espírito que imbuiu o presente trabalho, quando afirma que o pensamento jurídico não está escrito em "tábuas sagradas", mas preponderantemente sobre "as coisas mutáveis da história humana". Assim, o Direito

> nasce de baixo, das coisas, dos fatos, e sobre estes torna a voltar-se revelando o seu íntimo caráter ordenador; a tensão co-natural que o domina e o caracteriza é encarnar-se, é não flutuar sobre as experiências, mas ordená-las. O pensamento jurídico não pode prescindir do mundo da ação, onde está sempre sepultado o gérmen que o desperta: ações singulares, ações coletivas mas ações particulares que são, no momento ordenador, recuperadas dos seus particularismos e subtraídas da miséria do cotidiano. E aqui o pensamento jurídico desvela a sua natureza complexa: a dimensão especulativa se insere sempre na capilar vida cotidiana, que constitui uma ineliminável dimensão submersa.[261]

---

[261]GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca e Luiz Ernani Fritoli. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.143-144.

Há, portanto, que se contemplar as necessidades concretas daqueles sujeitos encarnados a quem esse Direito deve servir.

Os instrumentos destinados a tratar o problema fundiário urbano brasileiro, criados a partir da Constituição de 1988, no bojo do Estatuto da Cidade, da Medida Provisória n.º 2.220 e do Código Civil de 2002, evidenciam a idéia que perpassa todo o presente trabalho funcionando como alavanca de análise, que é a recolocação do ser humano no centro das preocupações do Direito e que, em respeito à sua dignidade, a propriedade deve servir como alavanca de um projeto constitucional em que a igualdade seja material e concreta.

Assim, se a legislação infraconstitucional cria determinados mecanismos que permitem fazer com que o Direito atue e reconheça nos habitantes das cidades a sua condição de cidadão, tais instrumentos estão voltados à emancipação dos sujeitos na sociedade. Se a aplicação destes instrumentos não for colocada em prática nessa perspectiva, suas normas acabam sendo destituídas de conteúdo e finalidade.

Essa interface com o real, com as situações e sujeitos concretos, deve nortear os estudos do Direito Privado e (re)fundamentar suas bases, principalmente no que diz respeito às titularidades e às desigualdades sociais decorrentes da base proprietária sobre a qual o nosso sistema jurídico ergueu sua estrutura.

Seguindo nessa direção, empreendemos a caminhada rumo à construção de um Direito comprometido com o destino dos seres reais que atuam como sujeitos da sua própria história.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Joaquim de Castro. **Direito da cidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997.

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. **Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ALFONSIN, Jacques. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e moradia**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Código civil anotado**: direito das coisas. Disposições finais e legislação especial selecionada. São Paulo: IOB-Thompson, 2005.

ARRUDA, Kátia Magalhães. A função social da propriedade e sua repercussão na propriedade urbana. **Revista de Informação Legislativa**, n.132, p.313-319, out./dez. 1996.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: reais. 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. **O direito**: introdução e teoria geral. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

AZEVEDO, Plauto Faraco de Azevedo. **Aplicação do direito e o contexto social**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietário**. Madrid: Trotta, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Publico – RBDP**, Belo Horizonte, ano 3, n.11, p.21-65, out./dez. 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função social da propriedade rural**. São Paulo: LTr, 1999.

BRAGA, R.; CARVALHO, P. F. (Orgs.). **Estatuto da cidade**: política urbana e cidadania. Rio Claro: LPM-IGCE-UNESP, 2000. p.83-113.

BRASIL. **Novo código civil brasileiro**: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante/ São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. (obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Mello Braga Tapai; prefácio do prof. Miguel Reale. 3.ed. rev. e ampl.)

BUSTAMANTE, Miguel Sanchez de. **La propiedad**: limitaciones a la disposición jurídica según el régimen del código civil. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1947.

CANARIS, Claus Wilhem. **Pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do direito**. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981.

CARVALHO, Paulo Pires de; OLIVEIRA, Aluísio Pires de. **Estatuto da cidade**: anotações à Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Curitiba: Juruá, 2002.

CASTRO, Sandra Costa Saines de. **Loteamentos irregulares e clandestinos**: a cidade e a lei. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHAGAS, Silvio Donizete. **Lições de direito civil alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

CHICUTA, Kioitsi. **A função registral e a atuação do judiciário**: breves considerações sobre a desapropriação judicial e a concessão real de uso. Disponível em: <http://www.irib.org.br/ salas/boletimel804a.asp>. Acesso em: 17 maio 2006.

COMPARATO, Fabio Konder. Direitos e deveres em matéria de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.130-147.

CORREAS, Oscar. **Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)**. Puebla, Editorial Universidad Autonoma de Puebla, 1986.

CORTIANO JR., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTALDELLO, Ângela Cássia. A propriedade privada, o urbanismo e as parcerias público-privadas: transformações e perspectivas. In: **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA**, Belo Horizonte, Ano 1, n.1, p.2502-2514, jan./fev. 2002.

COUTINHO, Ronaldo; ROCCO, Rogério (Org.). **O direito ambiental das cidades**. São Paulo: DP&A, 2004;

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da cidade comentários à lei federal 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002.

DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Temas de direito urbanístico 1**. São Paulo: RT, 1987.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**: direito das coisas. Rio de Janeiro: Rio, 1979. v.3.

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

_____. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da "função social".**Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v.27, jul./set. 2002.

DESENVOLVIMENTO E MEIO AMBIENTE. **Cidade e sustentabilidade**. Curitiba: Ed. UFPR, 2004. n.9.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000.

ESTERCI, Neide; VALLE, Raul Silva Telles do (Org.). **Reforma agrária e meio ambiente**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Da propriedade como conceito jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 76, v.621, p.16-39, jul. 1987.

_____. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. **Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, v.172, p.45-50, 1994.

_____. O novo direito civil: naufrágio ou porto? In: CHAGAS, Silvio Donizete. **Lições de direito civil alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p.72-75.

_____. Terra, direito e justiça: do Código patrimonial à cidadania contemporânea. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n.24, p.201-208, 1994.

_____. O estatuto civil da clausura real. **Jornal da APEP Associação dos Procuradores do Estado do Paraná**, Curitiba, ano III, n.12, dez. 1995.

_____. A cidade nuclear e o direito periférico: reflexões sobre a propriedade urbana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.723, p.107-110, jan. 1996.

_____. Novas limitações ao direito de propriedade. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 16., 1996, Brasília. **Anais**... Brasília: OAB, Conselho Federal, 1996. p.523-532.

_____ (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. A justiça dos conflitos no Brasil. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.277-291.

_____. Sobre o projeto do código civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. Separata de: **Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra, 2000. v.76.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FALCÃO, Joaquim de Arruda (Org.). **Conflito de direito de propriedade**: invasões urbanas. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FERNANDES, Edésio. Estatuto da cidade: promovendo o encontro das agendas "verde" e "marrom". In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato. **Estado de direito ambiental**: tendências. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Estatuto da cidade comentado**. São Paulo: RT, 2002.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquim Arce y. **El derecho civil constitucional**. Madrid: Civitas, 1991.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. **Revista Gênesis de Direito Processual Civil**, Curitiba, v.17, p.570-585, 2000.

_____. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

FOWLER, Marcos Bittencourt; PASSOS, Cynthia Regina de Lima. O ministério público e o direito à terra. In: STROZAKE, Juvelino (Org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GARCIA, Fernanda Ester Sanchéz. **Cidade espetáculo**: política, planejamento e city marketing. Curitiba: Palavra, 1997.

GARCIA, Maria. **A cidade e seu estatuto**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

GEDIEL, José Antônio Peres (Org.). Mediações fundiárias. **Cadernos de Extensão**, Curitiba, ano IV, out. 1998.

_____. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. Separata de: **Revista dos Tribunais**, ano 87, v. 747, p.35-55, jan. 1998.

GOMES, Orlando. Significado da evolução contemporânea do direito de propriedade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v.757. p.717-727, 1988.

_____. A função social da propriedade. Estudo em homenagem ao Prof. Dr. Ferrer Correia. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v.2, número especial, 1989.

_____. **Direitos reais**. 19.ed. Atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Direito urbano**. São Paulo: RT, 1983.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca e Luiz Ernani Fritoli. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GROSSI, Paolo. **La propiedad y las propiedades**. Madrid: Civitas, 1992.

_____. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

IBGE. **Tendências demográficas**: uma análise dos resultados da sinopse preliminar do censo demográfico 2000/IBGE. Departamento de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil**. São Paulo: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Direito urbanístico**: condições e possibilidades de constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEFEBVRE, Henry. **O direito à cidade**. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2001.

_____. **A revolução urbana**. Trad. Sérgio Martins. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004.

LEITE, José Rubens Morato; OLIVEIRA JR., José Alcebíades de (Org.). **Cidadania coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996.

LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de direito urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Missões da universidade: reforma agrária e a reforma urbana. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitba, n.30, p.257-270, 1998.

_____. Direito à habitação e direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n.6/7, p.79 e segs., 1998/1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.141, p.99-109, jan./mar. 1999.

_____. Princípios contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. **A teoria do contrato e o novo código civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998.

LOS MOZOS, Jose Luis de. **El derecho de propiedad**: crisis y retorno a la tradicion juridica. Madrid: Edersa.1993.

LOTTI, Armando Antonio. **Da chamada aquisição da propriedade por interesse social**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/urbanistico/doutrina/id34.htm>. Acesso em: 29 abr. 2006.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Usucapião individual e coletivo no estatuto da cidade. **RTDC**, Rio de Janeiro, v.9, p. 25-49, jan./mar. 2002.

_____. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Usucapião coletivo e habitação popular. In: ALFONSIN, Betania; FERNANDES, Edésio. **Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MARÉS, Carlos F. **A função social da terra**. Porto Alegre, Sergio Fabris, 2003.

_____. Direito agrário e meio ambiente. In: ESTERCI, Neide; VALLE, Raul Silva Telles do (Org.). **Reforma agrária e meio ambiente**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Coords.). **Estatuto da cidade**: lei 10.257, de 10.07.2001: Comentários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. Marx e o direito civil: para a crítica histórica do "paradigma civilístico". Separata do **Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra, 1990. v.35.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDONÇA, Francisco (Org.). **Impactos socioambientais urbanos**. Curitiba: Editora UFPR, 2004.

MIALLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. Lisboa: Moraes, 1979.

MINER, Cynthia Regina de Lima Passos. O papel do ministério público na implementação do estatuto da cidade. In: FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de (Org.) **Revista de Direito e Política**, São Paulo, v.3, ano I, p.83-96, set./dez. 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das coisas. 37 ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1992.

MOURA, Rosa. Políticas públicas urbanas: ausências e impactos. In: MENDONÇA, Francisco (Org.). **Impactos socioambientais urbanos**. Curitiba: Ed. UFPR, 2004. p.149-168.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

OLIVEIRA, Dennison. **Curitiba e o mito da cidade modelo**. Curitiba: Ed. UFPR, 2000.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Comentários ao estatuto da cidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). **Estatuto da cidade e reforma urbana**: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Gislene. Novas perspectivas para gestão das cidades: estatuto da cidade e mercado imobiliário. **Desenvolvimento e Meio Ambiente: Cidade e Sustentabilidade**. Curitiba, n.9, p.77-92, jan./jun. 2004.

PEREIRA, Luiz Portella. **A função social da propriedade urbana**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PEREIRA, Rosalinda P. C. Rodrigues. A teoria da função social da propriedade rural e seus reflexos na acepção clássica de propriedade.In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.88-129.

PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problematica della proprietà**. Camerino: Jovene, 1970.

_____. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **Propriedade privada no direito romano**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3.ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1992.

POLIDO, Fabrício Pasquot. Ensaio: a constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da 'função social' dos direitos proprietários, texto inédito. In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. Algumas reflexões acerca da constituição como lei fundamental do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n.29, p.147-172, 1996.

REALE, Miguel. Exposição de motivos ao Ministro da Justiça. **Diário do Congresso Nacional**, Seção I, suplemento B ao n.061, 13.6.1975 n.27 *c*.

RENAUT, Alain. **O indivíduo**: reflexão acerca da filosofia do sujeito. Trad. Elena Gaidano. Rio de Janeiro: DIFEL, 1998.

ROCHA, Ibraim José das Mercês Rocha. Ação de usucapião especial urbano coletivo. Lei n.º 10.257/2001 (Estatuto da Cidade): enfoque sobre as condições da ação e a tutela. **Jus Navigandi**, Teresina, Ano 6, n.52, nov. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2406>. Acesso em: 11 set. 2005.

RODOTÁ, Stefano. **Il terribili diritto**: studi sulla proprietá privata. Bologna: Il Mulino, 1981.

ROLNIK, Raquel. **O que é cidade?** São Paulo: Brasiliense, 2004.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**. São Paulo: EDUSP, 1993.

SALLES, José Carlos Moraes. **Usucapião de bens imóveis e móveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). Introdução crítica ao direito., Brasília: UnB, 1993. p.42-47. v.1. (Série O direito achado na rua).

_____. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v.17, p.63, 1999.

_____. **A constituição concretizada**: construindo pontes com o publico e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____ (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SAULE JR., Nelson. **Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

_____. **Direito à cidade**. São Paulo, Max Limonad, 1999.

_____. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.6, p.159-182, abr./jun. 2001.

SERRES, Michel. **O contrato natural**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, de Francisco; PAOLI, Maira Célia (Org.). **Os sentidos da democracia**: políticas do dissenso e hegemonia global. Petrópolis: Vozes, 1999.

SOUZA JR., José Geraldo de (Org.). **O direito achado na rua**. Brasília: UnB, 1987.

STROZAKE, Juvelino José (Org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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, p.73-78, abr./maio/jun. 1989.

_____. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____ (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____ (Coord). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Contornos constitucionais da propriedade privada. In:_____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.303-329.

_____. **Temas de direito civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, ano 17, jul./set. 1993.

TORRES, Marcos Alcino de A. Instrumentos urbanísticos e a propriedade urbana imóvel. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.467-513.

VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 730-763.

VARELA, Laura Beck; 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: RT, 2002. p.763-788.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

WISNIK, Guilherme. Ur, de urbano. **Folha de S. Paulo**, 01 maio 2006. Caderno Ilustrada, p.2.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os "novos" direitos no Brasil - natureza e perspectivas**: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAVASKI, Teori Albino. A tutela da posse na constituição e no projeto do novo código civil. In: COSTA, Judith Martins (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.843/861.

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo