

EOS



ISSN 1980—7430

REVISTA JURÍDICA DA FACULDADE DE DIREITO – V. I – Nº 4 – ANO III

DOM
BOSCO

Posse e Propriedade na Contemporaneidade

Samir Namur

Professor de direito civil e estágio civil nas Faculdades Integradas do Brasil (UNIBRASIL) e de direito de família e das sucessões na Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR).

1 Introdução. 2 Posse e propriedade clássicas. 2.1 Posse: definição histórica e clássica. 2.2 Propriedade: definição histórica e clássica. 3 Função social da posse e da propriedade. 4 Algumas premissas do direito civil-constitucional. 5 O patrimônio mínimo. 6 Uma decisão exemplar. 7 Conclusão. 8 Referências.

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo a análise, em linhas gerais, dos aspectos determinantes acerca da posse e da propriedade no direito atual. Nesse sentido é que se menciona a contemporaneidade, partindo-se do pressuposto de que os institutos básicos, especialmente do direito civil, foram cunhados de tal maneira na modernidade que hoje se permite a identificação da insuficiência deles, premente de revisão e readequação jurídicas. Sob esse aspecto, imprescindível o marco teórico que se funda na metodologia do direito civil-constitucional, em que o princípio da dignidade humana e a Constituição da República, vértices do ordenamento jurídico, exigem reformulação da dogmática do direito civil. Isso ocorre com os institutos da posse e da propriedade, mas também com a modelação do que se entende por função social da posse e da propriedade, aquela independente desta, bem como a introdução dos contornos jurídicos da defesa de um patrimônio mínimo. Nesse sentido, a conclusão, confirmada por vasta bibliografia proveniente dos principais civilistas brasileiros do presente, importante não só para aspectos de ordem teórica, mas também no âmbito da aplicação do direito, motivo pelo qual é trazida à colação decisão concernente com o aduzido previamente.

Palavras-chave: Posse; Propriedade; Função social; Constituição

Abstract

This work has the intention of analyze, in general, the major aspects wich involves the property and the possession in the present law. The word contemporaneousness, in the title, assumes the view that the institutes of civil law were made in such a way in the modernity that it nowadays allows the identification of its insufficiency, urging for revision and adjustment. On this point, vital the theoretical boundary wich is established in the civil-constitucional methodology, in wich the principle of the human dignity and the Republican Constitution top of the rights, demandans a reformulation of the civil law doctrine. This occurs with the institutes of possession and property, but also with the perception of social function of possession and property, that independet of this, besides the porpuse of the legal regulation of a minimum patrimony. In this way the conclusion, confirmed by the vast bibliography proceeding from the most important brazilian civilists of the present, important not only for theoretical aspects, but also in the ambit of the application of the law, reason because the article ends with a decision wich corroborates wath is adduced.

Keywords: Possession; Property; Social function; Constitution.

1 Introdução

Para que se possa pensar em um panorama atual da posse e da propriedade, conceitos nucleares para o denominado direito das coisas, é preciso que, inicialmente, sejam tecidas algumas considerações que remontam há séculos pretéritos. Por esse motivo, trata-se da posse e da propriedade clássicas, conformação que sem dúvida influenciou o panorama atual, em razão de que permaneceram diversos resquícios seus, bem como sucederam diversas mudanças, advindas da crítica e das necessidades da sociedade.

Adentrando a análise do panorama contemporâneo, para concluir em favor de noções de posse e propriedade diferenciadas e modificadas, é imperioso passar pela doutrina da função social (da posse e da propriedade, independentes), por algumas premissas do direito civil-constitucional e pela conjunção dessas duas linhas teóricas: o patrimônio mínimo.

Por fim, para manter os pés na realidade em que vivemos, colaciona-se exemplo de jurisprudência crítico-constructiva, que de algum modo sintetiza o pouco que será aduzido nas linhas subseqüentes.

2 Posse e propriedade clássicas

Ao lado da empresa, pode-se afirmar que posse e propriedade exercem papel fundamental na apreensão jurídica do que se pode chamar, em sentido geral, de

patrimônio. Desde logo, é preciso afirmar que no seu tratamento pelo direito não pode haver neutralidade, visto que o permeia a dimensão política, ideológica e econômica¹. De acordo com Orlando de Carvalho, “a noção de direito de propriedade é expressiva de certa forma de economia e explicativa do projeto tanto cívico quanto político que representa a sociedade em determinado momento”². A doutrina, via de regra, explica a realização do estudo da posse previamente ao da propriedade, justificando a precedência do fato relevante sobre o direito. No entanto, encontra-se também a afirmação de que isso costuma corresponder à opção feita pelo código civil, em tratar uma ou outra em primeiro lugar. Dessa forma, na família romano-germânica ocidental, a doutrina acaba por seguir a mesma ordem que o código civil (assim, franceses e italianos tratam a propriedade antes da posse)³.

2.1 Posse: definição histórica e clássica

Pouca remissão há sobre o tratamento da posse no Direito Romano. Isso não se deve à sua inexistência naquela época, mas sim ao fato de que, muito embora tenha ela sido disciplinada, não tenha havido a elaboração de uma teoria sistemática, como procederam Savigny e Lhering na pandectística.

Savigny concebeu a posse como dependente da propriedade, como a conjunção entre *corpus* e *animus*, respectivamente um elemento material, poder físico da pessoa sobre a coisa, e um elemento intencional, a vontade de ter a coisa como sua. Esse último acabou justamente sendo o ponto complicador de sua teoria, pois exigia para a posse um estado íntimo difícil de ser precisado concretamente, que acabava por classificar como simples detentores o locatário, o comodatário, o depositário, dentre tantas outras posições de ampla relevância econômica.⁴

Lhering, por sua vez, parte da distinção clara entre posse e propriedade, o fato e o direito, fazendo com que a utilização econômica da coisa configure elemento indispensável para o tratamento da posse. Assim, não exigia o *animus domini* para a conformação da posse, bastando o exercício de um poder (*animus tenendi*) que não corresponderia necessariamente à propriedade. O Código Civil Alemão foi o primeiro a seguir essa teoria, tendo influenciado Suíça, China, México e Peru, além do Brasil, dentre outros países, fundamentando a proteção possessória na manutenção da relação de fato,⁵ estendendo-a a uma série de situações não protegidas pela teoria de Savigny.

¹GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19ª ed. (Atualizada por Luiz Edson Fachin). Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 7.

²MUNIZ, Francisco José Ferreira. A função social da propriedade e a Lei das Terras do Paraná. In: **Textos de Direito Civil**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 53.

³PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. IV. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 7.

⁴GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19ª ed. (Atualizada por Luiz Edson Fachin). Rio de Janeiro: Forense, 2004 p. 33.

⁵GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19ª ed. (Atualizada por Luiz Edson Fachin). Rio de Janeiro: Forense, 2004 p. 39-40.

Classicamente a posse tem sido definida como a visibilidade do domínio, o que está insculpido no artigo 1.196 do Código Civil⁶, comportando como exceções a detenção (artigo 1.198⁷) e os atos de mera permissão ou tolerância (artigo 1.208⁸). Em decorrência disso, passa-se a classificar a posse de diversas maneiras (justa ou injusta, de boa-fé ou de má-fé, direta ou indireta, originária ou derivada), que influenciarão diretamente a proteção possessória, a usucapião e o seu tratamento legal, bem como lhe são atribuídos uma série de efeitos.

2.2 Propriedade: definição histórica e clássica

No Direito Romano, em que pese a controvérsia sobre o surgimento da noção dos direitos reais, o conceito de propriedade era individualista, cada coisa detinha apenas um dono. Isso precisa ser lido na perspectiva de uma economia fechada, agropastoril e escravagista, polarizada em núcleos familiares (domínio apenas do *pater familias*). A divisão entre as casas (a propriedade) era imperativa, sendo inclusive sagrada, ditada pela religião, que conferia também caráter sagrado à propriedade. Portanto, no direito romano, a propriedade foi inicialmente garantida pela religião (através das divindades domésticas, que demarcavam o espaço de cada família), e não pela lei. Apenas através de cerimônias religiosas podia ser alienada, dividida. Não havia qualquer tipo de expropriação por utilidade pública e o confisco só ocorria em casos de exílio (quando o homem era privado do título de cidadão). Como a propriedade era da família, sequer podia responder pelas dívidas do titular, tendo a Lei das Doze Tábuas previsto a garantia com o corpo do devedor⁹. Além disso, a noção de propriedade estava ligada necessariamente à materialidade do objeto (noção adotada pela legislação alemã)¹⁰.

Já a propriedade medieval caracteriza-se pela quebra desse conceito unitário, surgindo a concorrência de proprietários em razão da utilização econômica do bem (ocorrendo o que a doutrina denominou de parcelamento máximo do direito de propriedade, em razão dos direitos do senhor e do vassalo sobre o mesmo solo). Com isso, ocorre a valorização da terra, ainda que seja observada a estrita dependência entre o poder político e a sua propriedade¹¹, dando-se o vínculo entre vassalo e

⁶Artigo 1.196: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

⁷Artigo 1.198: “Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”.

⁸Artigo 1.208: “Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

⁹COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 65-77.

¹⁰ALVIM, José Antônio Arruda. Coisa. In: Vicente de Paulo Barreto (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 133.

¹¹WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução: António Manuel Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 261.

senhor feudal através da sua exploração (em que se encontra o surgimento do sistema enfiteútico). Com efeito, esse era um modelo que dificultava a consideração da terra como mercadoria, objeto de circulação econômica, compra e venda, levando Eroulths Cortinao Júnior a afirmar que “o desmembramento da propriedade (domínio útil/eminente) é a comprovação dessa visão proprietária que parte da coisa e não do sujeito para definir a titularidade”, ocorrendo o que Paolo Grossi denominou de “estatuto da coisa”¹².

Com o liberalismo no século XIX, o direito de propriedade se destaca do poder político, aproximando-se do direito civil. O regime capitalista restaura o conceito unitário e individualista, impondo raras restrições ao direito de propriedade e garantindo a mais ampla liberdade para a utilização econômica da coisa¹³, elevando-o à verdadeira condição de direito natural¹⁴, lado a lado das liberdades fundamentais (a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, inclusive, determina o caráter sacro e inviolável da propriedade). Sob essa ótica, não obstante, a propriedade, como capacidade de assenhoreamento sobre os bens, é considerada como atributo da personalidade. Essa passa a ser a pedra angular do capitalismo, com os direitos privativos dos particulares servindo para contrabalançar as prerrogativas reservadas aos titulares do poder público.

Com o capitalismo, a propriedade deixa de ser um direito da pessoa para se transformar em um princípio de organização da sociedade, marcada pelo primado do econômico, levando à redução das alternativas de vida, às opções do mercado. Isso faz com que ela se transforme em verdadeiro fator de realização do indivíduo. É o que Pietro Barcellona designou de princípio proprietário¹⁵, uma racionalidade que influenciou as codificações europeias do século XIX e as brasileiras, que pretendia conceder ao discurso proprietário uma característica de atemporalidade, através de seu extremado grau de abstração e generalidade, uma estruturação formal à qual os fatos devem se submeter.

Não resta, nos dias de hoje, dúvida alguma de que esse discurso não permaneceu imune a críticas e rupturas, como bem identifica Eroulths Cortiano Júnior:

¹²CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 88.

¹³MUNIZ, Francisco José Ferreira. A função social da propriedade e a Lei das Terras do Paraná. In: **Textos de Direito Civil**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 54.

¹⁴HESPAÑA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia – Síntese de um Milénio**. 3ª ed. Lisboa: Publicações Europa – América, 2003. p. 342.

¹⁵Em BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Madrid: Trotta. 1996.

À excessiva abstração do modelo proprietário insurgem-se os homens concretos com suas necessidades concretas, e as incongruências entre realidade social, sistema econômico e dado normativo irão influenciar o tratamento jurídico da propriedade.¹⁶

Nesse diapasão, atualmente há forte tendência no sentido da “estatização da propriedade”, construindo uma nova noção do instituto, em que restrições e limitações visam a coibir abusos e impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação. Assim, a autonomia do proprietário não se confunde com o livre-arbítrio.

Trata-se do advento do que pode ser chamado de “Estado Social”, que possuiria três postulados: 1. Igualdade material em contrapartida à igualdade formal; 2. Reconhecimento recíproco da subjetividade social em face da subjetividade abstrata; 3. Princípio da solidariedade e da intervenção do Estado na economia.¹⁷

Tendo em vista a racionalidade das codificações, foi a propriedade positivada como um direito complexo, porém unitário (consubstanciando as faculdade de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa). Da mesma forma, foi concebida em caráter absoluto (oponível *erga omnes*, já que exercida em face da coletividade, sob a qual recai um dever genérico de abstenção, caracterizando o sujeito passivo universal), tendente à perpetuidade, exclusividade (*ius prohibendi*, em que a propriedade de um sujeito exclui a de outro) e permitindo a elasticidade, que pode ser verificada nos direitos reais sobre coisas alheias.

No entanto, na contemporaneidade, essas características têm sido relativizadas. Desse modo, com a atuação do Estado em nome do interesse público (como na desapropriação) a idéia de propriedade perpétua deixa de existir. Além disso, fenômenos atuais demonstram a possibilidade de titularidades multiplicadas, permitindo o repensar do caráter exclusivo. É o caso da multipropriedade imobiliária (*time sharing*), em que o fracionamento do bem ocorre no tempo e não no espaço¹⁸. Nada obstante, surge com importância gigantesca a mitigação do caráter absoluto da propriedade, já que passa a se pensar nela como um direito exercitado pressupondo uma relação com alguém, um direito individual em que há deveres.

3 Função social da posse e da propriedade

O marco inicial significativo da doutrina da função social está na Constituição de Weimar de 1919, que proclamou que a propriedade “obriga”. De fato, trata-se de

¹⁶CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 132.

¹⁷BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996. p. 140.

¹⁸Sobre o tema: TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.

noção que possui uma matriz bastante diversificada, como por exemplo, a doutrina social da Igreja e a concepção marxista dos institutos econômicos e sociais, o que permite que se afirme o funcionalismo proprietário como noção histórica, da mesma forma que o individualismo proprietário.¹⁹

Sem dúvida, o tratamento dispensado à função social da posse é amplamente menor que o dispensado à função social da propriedade. Coerente com isso, há quem afirme que a posse, apreendida como a visibilidade do domínio, tenha a sua função social condicionada à propriedade, pois trata de sua exteriorização, não demandando tratamento independente, além de que não possui previsão expressa no ordenamento. No entanto, cabe afirmar que é desnecessária tal previsão da função social da posse, pois essa, entendida como exercício de fato, é direito autônomo do domínio, não dependendo necessariamente de título. Nesse sentido, apenas em razão de o ordenamento admitir e proteger tal relação de fato, já está pressuposto uma finalidade relevante e, por conseguinte, uma função social.

Por isso mesmo, importante superar a noção da posse como mera exteriorização da propriedade para que, como conceito autônomo, torne-se um fato com valor jurídico extremamente relevante. Isso significa fazer com que a posse seja entendida como uma forma atributiva da utilização das coisas, ligada às necessidades comuns de todos os seres humanos. A sua autonomia significa um contraponto à noção de propriedade concentrada e despersonalizada. Assim sendo, é preciso entender o seu conceito não como mero efeito da propriedade, não como encarnação da riqueza ou manifestação de poder, mas sim uma concessão à necessidade²⁰. Exatamente nesse sentido, caminham as palavras de Gustavo Tepedino:

Os valores sociais da moradia, do trabalho, da dignidade da pessoa humana, fazem com que a estrutura normativa de defesa do exercício da propriedade seja assegurada independentemente do domínio. A justificativa da posse encontra-se diretamente na função social que desempenha o possuidor, direcionando o exercício de direitos patrimoniais a valores existenciais atinentes ao trabalho, à moradia, ao desenvolvimento do núcleo familiar.²¹

Nessa esteira, é possível vislumbrar uma classificação triplíce da posse, para além das duas concepções clássicas abarcadas pela teoria de Lhering. Tradicionalmente, a posse ser real, quando decorresse da propriedade ou da titularidade de outro direito

¹⁹CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 142.

²⁰FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea** (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 17.

²¹TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. In: **Temas de Direito Civil** – Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 152.

real, ou então obrigacional, quando decorresse da aquisição do poder de fato (posse direta) por meio de uma relação obrigacional (com o possuidor indireto no outro pólo). Entretanto, contemporaneamente é possível cogitar uma terceira espécie: a posse fática ou natural, que independe de relação jurídica real ou obrigacional, bastando a utilização legítima de um bem por qualquer sujeito, valorizando em especial o direito à moradia.²²

Muito embora grande parte da doutrina trate em termos práticos a função social da posse como a importância que se deve conceder à usucapião, como decorrência da posse continuada que permite a aquisição originária do domínio, outro aspecto ganhou relevância com o Código Civil de 2002, em razão do que previu o seu artigo 1228, nos parágrafos 4º e 5º,²³ que certamente já pode ser considerado como tutela da posse em sua modalidade fática.

Independente da grande controvérsia acerca do que seja a “justa indenização”, de quem vai arcar com o ônus indenizatório (se for o Estado estaremos diante de nova forma de desapropriação, sendo necessária regulamentação legal, se forem os possuidores, tratar-se-á de usucapião onerosa, capaz de obstar a aquisição do domínio pela impossibilidade do pagamento) e de qual boa-fé está o dispositivo a falar (subjettiva ou objetiva), é inegável que essa inovação, sem bem aplicada, terá o condão de permitir uma resolução, ainda que jurídica somente, para o problema dos núcleos irregulares de moradia²⁴, especialmente de algumas favelas em que a propriedade do solo vem sendo reivindicada pelos proprietários originários.

Realidade distinta é a da função social da propriedade. Em que pese algum tratamento constitucional anterior, é apenas em 1988 que ela aparece com peso significativo. Isso porque erigida pela primeira vez ao patamar de direito fundamental (artigo 5º, XXIII) e também colocada, lado a lado à propriedade privada, como alicerce da ordem econômica (artigo 170).

Deve-se salientar que a função social da propriedade propõe um verdadeiro redimensionamento do direito de propriedade, vinculando interesses não proprietários. É o que leva Orlando Gomes a afirmar que a função social afeta a própria substância do direito proprietário, constituindo-se no seu fundamento, na sua justificação, na

²²FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Reais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006. p. 37-38.

²³Artigo 1.228, parágrafo 4º: “O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 (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”; parágrafo 5º: “No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores”.

²⁴TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. In: **Temas de Direito Civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 160.

sua *ratio*²⁵. Há quem vá mais além e propriamente afirme que não há propriedade sem função social, não merecendo a mesma tutela o proprietário que não a cumpre com relação àquele que cumpre²⁶.

Muito embora signifique uma perspectiva de o titular não prejudicar o restante da coletividade, não se restringe a essa perspectiva limitadora, compreendendo outra impulsionadora, que corresponde a uma intervenção ativa, a um fomento para um resultado socialmente valioso, como o estabelecimento de normas para a reforma agrária, combatendo latifúndios e minifúndios improdutivos. Por isso, a redução de poderes do proprietário não diz respeito à totalidade da mudança qualitativa na definição da propriedade.²⁷

Nada obstante, cabe mencionar que a função social não se confunde com a função exclusivamente econômica, não visando meramente a maior produtividade do bem encarado isoladamente, mas sim a tornar a terra mais acessível e as relações sociais mais justas. Isso significa que apenas o requisito da produtividade da propriedade rural não atende à função social, motivo pelo qual a desapropriação do imóvel produtivo que não cumpra integralmente a função social é defensável, pois se trata de direito fundamental, ainda que a Constituição da República, no artigo 185, inciso II, a impeça.²⁸

A mesma ordem de idéias serve para fundamentar a noção de posse-trabalho, que, de acordo com Francisco José Ferreira Muniz, é a posse que se traduz em trabalho criador, que se converte em domínio por sua utilidade social²⁹. Foi o que acolheu o Código Civil na usucapião especial do artigo 1.239³⁰. Dessa forma, é possível pensar no

²⁵GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. (Atualizada por Luiz Edson Fachin). Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 20.

²⁶É nesse sentido a afirmação de Carlos Frederico Marés, aliada à necessária dose de crítica à pouca aplicabilidade na realidade concreta dessa modificação no direito de propriedade: “Pode-se ver com clareza que a idéia da função social está ligada ao próprio conceito do direito. Quando a introdução da idéia no sistema jurídico não altera nem restringe o direito de propriedade, perde efetividade e passa a ser letra morta. Embora embeleze o discurso jurídico, a introdução ineficaz mantém a estrutura agrária íntegra, com suas necessárias injustiças, porque quando a propriedade não cumpre uma função social, é porque a terra que lhe é objeto não está cumprindo, e aqui reside a injustiça. Isso significa que a função social está no bem e não no direito ou no seu titular, porque uma terra cumpre a função social ainda que sobre ela não paire nenhum direito de propriedade ou esteja proibido qualquer uso direto, como, por exemplo nas terras afetadas para a preservação ambiental: a função social é exatamente a preservação do ambiente.” MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 91-92.

²⁷MUNIZ, Francisco José Ferreira. A função social da propriedade e a Lei das Terras do Paraná. In: **Textos de Direito Civil**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 54.

²⁸TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 274.

²⁹MUNIZ, Francisco José Ferreira. A função social da propriedade e a Lei das Terras do Paraná. In: **Textos de Direito Civil**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 62.

³⁰Artigo 1.239: “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a 50 (cinquenta) hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”.

trabalho não apenas como condição para a aquisição da propriedade, mas sim como verdadeiro fator de legitimação³¹.

Assim sendo, a função social compreende um critério de ação para o legislador e de individuação normativa a ser aplicado pelo intérprete, devendo esse atentar para a concretude da situação proprietária (exemplificando a ruptura causada pela função social com relação à abstração do discurso proprietário clássico)³², de modo que a realidade passa a informar a abstração legal e não que a abstração legal domine a realidade³³. Por isso mesmo é que o seu conteúdo promocional deve estar a serviço dos valores fundantes do ordenamento³⁴ (em especial a dignidade humana) e a partir daí tendo o seu conteúdo preenchido de forma flexível em cada diploma legal (estatuto da terra, estatuto da cidade, por exemplo).

4 Algumas premissas do direito civil-constitucional

Coerente com essa linha de raciocínio que propõe uma remodelação do conceito do direito de propriedade, importante mencionar alguns fundamentos civil-constitucionais, para além da função social, que apóiam essa nova noção.

Em princípio, propugna-se pela ausência de uma contraposição bem delimitada entre as situações creditórias e as reais, considerando que as cláusulas de lealdade e diligência (e, conseqüentemente, a boa-fé) possuem relevância geral, não meramente restrita aos contratos (o que estenderia o princípio da atipicidade, inicialmente apenas contratual, para os direitos reais também, mas essa é outra questão).³⁵

Não obstante, Ricardo Aronne³⁶ propõe uma distinção clara entre os conceitos da propriedade e do domínio, muitas vezes utilizados como sinônimos. A propriedade corresponderia à situação pessoal, à relação entre sujeito e coletividade, ao passo que o domínio diria respeito à situação real, aos poderes do sujeito com relação à coisa. Por conseguinte, é preciso que ambos sejam funcionalizados, e não apenas a propriedade (tendo em vista uma perspectiva meramente limitadora das liberdades do proprietário), ou seja, instrumentalizados para a realização do programa constitucional.

Além disso, como em qualquer situação subjetiva (complexa, já que os limites e obrigações a ela impostos têm relevância para a própria existência do direito), é

³¹FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 47.

³²CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 146-150.

³³FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 96.

³⁴TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. In: *Temas de Direito Civil* – Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 145.

³⁵PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 202.

³⁶ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio*. Reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

preciso ter como pressuposto o conceito de propriedade como relação, entre o sujeito titular da propriedade e a coletividade. Essa relação entre proprietários e terceiros, vizinhos, Estado etc. não pode ter natureza de subordinação, mas sim de cooperação (por exemplo, cabendo ao vizinho realizar certos atos na propriedade de outro titular).³⁷

Exatamente nesse sentido é que Gustavo Tepedino se refere ao caso do binômio propriedade/liberdade, que “dá lugar a uma noção pluralista, que não caracteriza mais uma situação de poder (do direito subjetivo por excelência), mas sim uma situação necessariamente coligada com outras”³⁸.

5 O patrimônio mínimo

Na mesma esteira do projeto constitucional, surge a noção de patrimônio mínimo, mais uma vez com o objetivo de se funcionalizar o direito de propriedade. Ressalta-se que, ao contrário do que se costuma afirmar, não se trata o patrimônio mínimo de último reduto de inviolabilidade da propriedade privada, núcleo mínimo sobre o qual os interesses públicos não a afetariam. Por outro lado, trata-se de parâmetro elementar para uma vida digna, de caráter personalíssimo, que atinja ao menos um patamar de garantia de um mínimo existencial à pessoa (já que para permitir o acesso a esse mínimo seria necessário que as relações sociais passassem por vasta transformação). A fundamentação legal para essa tese encontra-se no direito à vida insculpido no artigo 5º da Constituição, bem como na funcionalização da ordem econômica à existência digna, prevista pelo artigo 170.

Dessa forma, de acordo com Luiz Edson Fachin³⁹, precursor desse conceito, é preciso que a proteção do patrimônio ocorra principalmente como forma de proteger e garantir a dignidade humana, ou seja, como meio, instrumento para o desenvolvimento da pessoa. Isso porque, ao contrário da concepção clássica, não pode mais a propriedade ser vista como modo de realização da personalidade, por meio da qual o indivíduo tornava-se sujeito de direito. De fato, é necessário que, nos dias de hoje, seja ela protegida justamente como meio de realização do indivíduo, através da funcionalização das situações patrimoniais às existenciais.

Na sociedade capitalista o valor de troca das coisas acaba por substituir o valor de uso (que representa a satisfação das necessidades do ser humano) e passa a condicioná-lo, fazendo com que todas as coisas sejam tratadas como mercadoria,

³⁷PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 222.

³⁸TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*. In: **Temas de Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 277-278.

³⁹FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

esvaziadas de conteúdo e de suas particularidades, de modo que o sujeito, ao tornar-se consumidor, acaba por confundir-se com o próprio objeto de consumo⁴⁰. Com efeito, quando o ordenamento retira algo do tráfego jurídico dá importância ao valor de uso, em detrimento do valor de troca. É o que ocorre com o bem de família (o valor de uso da residência prevalece sobre o princípio de que o patrimônio do devedor é a garantia do credor, com o reconhecimento da prevalência de um valor não patrimonial), que tem ganhado amplitude na jurisprudência⁴¹, além da lista de bens impenhoráveis do artigo 649 do Código de Processo Civil.

Olhando por outro viés, trata-se da continuação do caminho iniciado com a vedação da prisão civil (uma sanção pessoal), limitando a responsabilidade por dívidas ao campo patrimonial. O que se propõe agora é passar para um modelo que inclua limites referentes a valores pessoais na garantia patrimonial.⁴²

Considerando isso, assevera ainda Fachin que essa ordem de idéias está presente, em nosso Código Civil, na vedação da doação universal do patrimônio⁴³ (preocupação que transcende a seara patrimonial, garantindo a subsistência da pessoa do doador e de seus familiares) e nas cláusulas de inalienabilidade no testamento⁴⁴ (em que se objetiva proteger o indivíduo que recebe o bem de sua inexperiência, de assegurar moradia e existência digna a uma família ou impedir a dilapidação do patrimônio pelo pródigo). Nesse mesmo sentido, mas para além da codificação, essa ordem de idéias se faz presente na impenhorabilidade do bem de família e do módulo rural, disposições legais de ordem pública que tratam do princípio protetivo da entidade familiar, de garantia, respectivamente, da moradia familiar e do mínimo indispensável para a atividade produtiva que a sustenta (exemplo de eficácia dessa teoria é a defesa da possibilidade de que possa o juiz, no caso concreto, reconhecer de ofício a impenhorabilidade mesmo em casos de revelia). Além disso, essa prevalência de um valor superior de proteção do indivíduo, inspirado na solidariedade humana, também está presente na impenhorabilidade dos instrumentos de trabalho e no princípio da preservação da empresa.

⁴⁰CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 157-159.

⁴¹Nesse sentido: SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 77-98.

⁴²FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 208.

⁴³Artigo 548: “É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”.

⁴⁴Artigo 1.848: “Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima”. Artigo 1.911: “A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade”.

6 Uma decisão exemplar

Coerente com as idéias expostas previamente, é imperioso trazer à colação decisão de um magistrado que incorpora em alguma medida o que foi defendido. Trata-se de decisão interlocutória, que negou liminarmente reintegração de posse aos proprietários esbulhados pelo Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST), proferida pelo magistrado Alexandre Corrêa Leite (autos 5018/03), na comarca de Italva/Cardoso Moreira, no Rio de Janeiro. Muito oportunamente, na contramão do que se costuma encontrar nos tribunais, traz ele uma conjunção de fundamentação constitucional, sociológica e filosófica para manter os membros do movimento social na posse da terra. Inicialmente, o magistrado afasta a aplicação do artigo 928 do Código de Processo Civil, que prevê a reintegração em razão apenas da comprovação do esbulho, sem qualquer outra valoração. Contudo, no caso concreto, facilitou a decisão o fato de que a propriedade era improdutiva, já existindo decreto expropriatório, que, todavia, não havia sido cumprido. Mesmo assim a decisão nega aplicação ao artigo 2º, parágrafo 6º, da Lei 8.629/93 (que afirma que terras improdutivas não podem ser objeto de reforma agrária caso sejam invadidas), pelo motivo de serem os movimentos sociais forma legítima de pressão popular, direito coletivo e expressão da cidadania.

Ressalta-se, ainda, a menção à inexistência de um caráter absoluto da propriedade, em face de seu conteúdo social, além da irrelevância sobre quem deve cumprir a função social da terra, sendo mais importante que alguém de fato a cumpra. Não obstante, além de ter inspecionado pessoalmente os acampamentos, cita o magistrado o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do qual o Brasil foi signatário em 1966 comprometendo-se com a reforma de seu regime agrário.

Apenas a título de ilustração cita-se algumas passagens da decisão:

Melhor tratando do tema, e avançando na razão da função social revela-se adequada a exata fixação desta, que não diz respeito à propriedade individualmente considerada (pois importaria em não admitir a alteração conceitual), mas à própria terra, objeto, independentemente de quem dela se utiliza. É a terra – não a propriedade – quem tem uma função constitucional a cumprir, sendo irrelevante aquele que a utiliza com este fim, o proprietário ou ocupante.

Seja quem for, seja quem cumpra a promessa constitucional da função social, é este o protegido pelo Direito e pela Constituição Federal. A propriedade da terra sem o cumprimento de função social não é propriedade a ser tutelada pelo Direito, quando em confronto com outros valores.

Mais adiante:

A terra é um bem de produção, sendo inadmissível que se torne improdutiva, mormente em se tratando de país no qual a população, em sua absoluta maioria, é de desempregados, famintos, excluídos sociais (segundo a professora Graça Belov, podem ser definidos, estes últimos, como aqueles a quem o Estado, indiretamente, decretou a pena de morte e está muito surpreso porque na prática ela ainda não se concretizou).

E por fim:

Este magistrado esteve no acampamento, sendo possível atestar a precariedade das instalações. Famílias vivendo sob lonas, buscando água no rio próximo, sem, por ora, qualquer preocupação do Estado que, diga-se, não os conhece. Após conversar, no acampamento, com algumas pessoas, ninguém convencerá do contrário: só estão naquele local acampadas por inabalável esperança de vida digna, vida esta que muitas nunca tiveram. Acaso tivessem opção, não permaneceriam. Assevere-se a presença de inúmeras crianças no acampamento.

7 Conclusão

Da contraposição entre as noções de posse e propriedade clássica e as noções contemporâneas, inevitável reconhecer que os conceitos mudaram, bem como suas características, efeitos, proteção jurídica etc. Desse modo, é imperioso concluir por um conceito de posse protegida sempre de maneira incondicionada à propriedade, ligada às necessidades humanas, em contraposição a esse princípio proprietário concentrado, despersonalizado e atemporal inserido nas codificações civis. O mesmo ocorre com a propriedade, que precisa ser entendida como relação entre o sujeito e a coletividade, com a funcionalização dos poderes do proprietário ao interesse público.

Nessa tentativa de entender a posse de forma independente da propriedade, e essa muito mais do que uma mera expressão da liberdade econômica burguesa, do que o livre-arbítrio do proprietário, aparece o conceito de patrimônio mínimo, articulação entre a posse e a propriedade na contemporaneidade e, também, a dignidade humana, valor supremo garantido pela Constituição da República.

8 Referências

- ALVIM, José Antônio Arruda. Coisa. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 132-136.
- ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996.

- _____. **El individualismo propietario**. Madrid: Trotta, 1996.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155-166.
- COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 65-77.
- FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea** (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988.
- _____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Reais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19ª ed. (Atualizada por Luiz Edson Fachin). Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia – síntese de um milénio**. 3ª ed. Lisboa: Publicações Europa – América, 2003.
- MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003
- MUNIZ, Francisco José Ferreira. A função social da propriedade e a Lei das Terras do Paraná. In: **Textos de Direito Civil**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 53-64.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 201-242.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. IV. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: **Temas de Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 267-292.

_____. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. In: **Temas de Direito Civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 147-172.

_____. Gustavo. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. In: **Temas de Direito Civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 135-146.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução: António Manuel Botelho Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.