

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

HISTÓRIA DO DIREITO

ANTONIO CARLOS WOLKMER

GUSTAVO SILVEIRA SIQUEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H673

História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Gustavo Silveira Siqueira, Antonio Carlos Wolkmer, Zélia Luiza Pierdoná – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-059-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. História. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

O interesse pela História do Direito tem crescido significativamente no Brasil nos últimos anos. A inclusão da disciplina no conteúdo dos cursos de graduação, desde o início dos anos 2000, tem contribuído para o conhecimento e expansão da área. Sendo ainda uma área (ou sub-área) nova, a História do Direito, ainda luta para sedimentar-se academicamente dentre as disciplinas chamadas de zetéticas. Ao contrário da Filosofia do Direito e da Sociologia do Direito, já consagradas em currículos, eventos e produções nacionais, a História do Direito ainda carece, se comparada com as outras áreas, de um certo fortalecimento metodológico e teórico.

Nesse sentido a existência de fóruns, como o GT de História do Direito no CONPEDI, auxilia que trabalhos, já com preocupações metodológicas e teóricas de grande sofisticação, convivam com os de pesquisadores iniciantes no tema. Mas, se por um lado, a referida disciplina luta para consolidar sua especialidade em relação à Sociologia do Direito e à Filosofia do Direito, ela é palco de internacionalização e de refinados trabalhos acadêmicos. A ausência da disciplina no Brasil, durante alguns anos, fez com que o intercâmbio internacional fosse uma necessidade, logo na formação da disciplina. O mencionado fato levou diversos professores e pesquisadores a uma profunda inserção no meio acadêmico internacional. Daí o contraste da História do Direito: uma disciplina jovem, pouco difundida e sedimentada em muitos cursos jurídicos, mas que, por outro lado, tem dentre seus pesquisadores mais inseridos, um elevado nível de pesquisa e internacionalização.

Neste contexto, os trabalhos apresentados no CONPEDI e publicados aqui, servem para demonstrar uma área em transição e em processo de fortalecimento. Assim, eles contribuem para problematização de métodos, metodologias e teorias que podem ser aplicadas à História do Direito.

As apresentações tiveram temas genéricos e específicos, abarcando desde aspectos da presença e influência do "common law no Brasil, passando pelo direito romano e temas conexos. Também foram discutidos pensadores como Hobbes, Virilio, Habermas e Leon Duguit, e temas como espaços femininos, ideias marxistas, movimentos sociais e a trajetória do Direito no Brasil. Este foi o principal tema dos trabalhos que reuniu contribuições sobre o Período Colonial, a escravidão, a educação e a cultura jurídica. Também foi problematizado o Direito no Período do Império, as eleições de 1821, a obra de Diogo Feijó, a questão da

legislação sobre a adoção e o Estado laico e confessional. Sobre o Período Republicano, os trabalhos preocuparam-se com história do Direito Penal, crimes políticos, jurisprudência do STF e Relatório Figueiredo.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Antonio Carlos Wolkmer (UFSC - UNILASALLE)

Gustavo Silveira Siqueira (UERJ)

Zélia Luiza Pierdoná (MACKENZIE)

HISTORICIDADE DO DIREITO DE PROPRIEDADE NO BRASIL

HISTORY OF PROPERTY RIGHTS IN BRAZIL

Manuela Caldas Fontenele Alves

João Luís Nogueira Matias

Resumo

O presente artigo tem por objetivo o estudo histórico da propriedade, enquanto direito fundamental, considerada na perspectiva da Ordem Jurídica Brasileira (principalmente em seu aspecto Constitucional, embora se faça necessária a referência a alguns conceitos e reflexões expostos em doutrina de Direito Civil). A propriedade pode ser estudada sob diversas óticas, seja como objeto sociocultural, instituto jurídico, relação jurídica complexa, fator de determinação do sistema econômico etc. Em verdade, a propriedade exerce protagonismo em diversos aspectos da nossa vida, social, jurídica ou econômica. Por isso, debruçar-se sob ela é essencial para a compreensão das nossas decisões políticas, do sistema econômico vigente e da nossa própria Ordem Jurídica. A metodologia a ser adotada nesta pesquisa, que é descritiva e exploratória, consiste na investigação e revisão bibliográfica aliada à abordagem crítica dos referenciais teóricos adotados. A compilação daquilo que concerne ao tema é uma exigência indissociável da pesquisa jurídica que, bem aprofundada, deve tecer com criticidade uma sistematização do estudo, o que envolverá a coleta de dados da legislação nacional, de livros e periódicos nacionais, com vistas a alcançar o estado da arte.

Palavras-chave: Propriedade, Historicidade, História, Constitucionalismo, Brasil, Função social.

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to study the history of the property as a fundamental right, considered in the context of the Brazilian legal order (mainly in its Constitutional aspect, although it is necessary the reference to some concepts and reflections exposed in doctrine of Civil Law). The property can be studied from several points of view, whether as a socio-cultural object, legal institution, complex legal relationship, determining factor of economic system etc. In fact, ownership has role in many aspects of our life, social, legal or economic. So, look into under it is essential for the understanding of our political decisions, the current economic system and our own legal order. The methodology adopted in this research, which is descriptive and exploratory, is the research and literature review combined with the critical approach of the theoretical framework adopted. The compilation of what concerns the subject is an inseparable requirement of legal research and in-depth, critical to weave with a systematization of the study, which will involve the collection of data from national legislation, books and national journals, with a view to achieve the state of the art.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Property, Historicity, History, Constitutionalism, Brazil, Social function.

1. Introdução

A propriedade pode ser estudada sob diversas óticas, seja como objeto sociocultural, instituto jurídico, relação jurídica complexa, direito fundamental, fator de determinação do sistema econômico etc. O estudo da fundamentação do direito de propriedade tomou destaque no cenário acadêmico jurídico brasileiro, principalmente após a Constituição Federal de 1988, que, além de inaugurar uma nova ordem pública, iniciou um processo de redimensionamento de vários aspectos e institutos do ordenamento jurídico pátrio, o qual se chamou publicização do Direito Privado ou constitucionalização do Direito Civil.

O constitucionalismo no período pós-88 exigiu a construção de uma nova Teoria Constitucional, de uma nova Teoria Jurídica e de uma nova Hermenêutica. Embora tenha havido, nas últimas duas décadas e meia, intensa produção bibliográfica nesse sentido, não é possível determinar que essas novas disciplinas propedêuticas estejam, por inteiro, construídas, ou que o(s) movimento(s) de constitucionalismo pós-88 tenham se esgotado.

A funcionalização da propriedade e o estabelecimento de uma ordem econômica constitucional, ainda que sejam tópicos positivados na Constituição, tampouco configuram temas exauridos pela doutrina jurídica. Em verdade, ainda há certo entrave em conceber um conceito que se adeque melhor à ideia de propriedade ou de propriedades. Essa resistência se dá, principalmente, porque há dificuldade de nos afastarmos da concepção civilista liberal, tanto em relação à propriedade quanto em relação ao sistema jurídico como um todo.

Da nossa perspectiva constitucional, é garantindo o direito de propriedade (CF/88, Art. 5º, XXII), que deve atender à sua função social (CF/88, Art. 5º, XXIII). Da perspectiva civilista, ainda se conceitua a propriedade partindo da premissa clássico-romana de usar, gozar e dispor da coisa (CC/2002, Art. 1.228, *caput*), embora se tenha avançado com o reconhecimento da conformação da propriedade às suas finalidades econômicas e sociais, à preservação do patrimônio histórico e do meio ambiente, à utilidade e ao interesse econômico e social (CC/2002, Art. 1.228 e parágrafos).

Essa evolução jurídica que ora se pretende analisar ocorreu em razão das mudanças de paradigmas filosóficos, sociais e econômicos. Assim, há de se considerar que, sob justificativas diversas e, até mesmo, opostas, a propriedade privada firmou-se como uma sólida figura do direito, presente na maioria dos ordenamentos jurídicos vigentes.

De fato, a propriedade exerce protagonismo em diversos aspectos da nossa vida, social, jurídica ou econômica. Por essa razão, debruçar-se sob ela é essencial para a

compreensão das nossas decisões políticas, do sistema econômico vigente e da nossa própria Ordem Jurídica.

No decorrer da história social humana, os conceitos de público e privado não foram os mesmos, assim como as condicionantes da(s) propriedade(s). O que se tem por dogma, hoje, resultou de uma determinada construção, de acontecimentos e escolhas políticas e sociais e de um modo como se estabeleceu a relação não apenas entre o indivíduo e os bens, mas entre os indivíduos, as propriedades e o Estado.

Assim, o que se tem apresentado como desafio é o preenchimento, no Estado Democrático, do conteúdo de um direito individual (propriedade) que não retire nem a liberdade nem a sociabilidade de seu âmago.

O presente trabalho visa tratar justamente da historicidade ¹ que detém o direito de propriedade no Brasil. De início, será descrito um breve panorama de nossa história política pré-constitucional e, principalmente, constitucional, com enfoque naqueles dados referentes à propriedade; em seguida, tratar-se-á da Constituição Federal de 1988 e da função social da propriedade; e, por último, do estudo da propriedade na perspectiva de nosso Direito Civil.

A metodologia a ser adotada nesta pesquisa, que é descritiva e exploratória, consiste na investigação e revisão bibliográfica aliada à abordagem crítica dos referenciais teóricos adotados. A compilação daquilo que concerne ao tema é uma exigência indissociável da pesquisa jurídica que, bem aprofundada, deve tecer com criticidade uma sistematização do estudo, o que envolverá a coleta de dados da legislação nacional, de livros e periódicos nacionais, com vistas a alcançar o estado da arte.

2. Breve panorama político-constitucional

O estudo da história jurídica do Brasil, não raro, começa a partir do período colonial, coincidindo, portanto, com o estudo da formação do direito português, principalmente, das Ordenações portuguesas (Afonsoinas, Manuelinas e Filipinas). ² Noutras vezes, toma-se por ponto de partida a primeira Constituição brasileira, como se, em 1824, tivesse sido inaugurada uma ordem jurídica nacional e independente de Portugal, ignorando-se que, mesmo no

¹ Sobre a historicidade do direito de propriedade: MATIAS, João Luis Nogueira e ROCHA, Afonso. **Repensando o direito de propriedade**. Anais do XV CONPEDI - Manaus. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006; MATIAS, João Luis Nogueira. Historicidade do direito de propriedade: a marcha rumo à humanização. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro** - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 2013/03, 2013, p. 2081-2113.

² Sobre o estudo da propriedade a partir das Ordenações Portuguesas: MATIAS, João Luis Nogueira. Tutela da propriedade e da posse nos primórdios do Direito Português e nas Ordenações. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 2014/10, 2014, p. 8033-8062.

período imperial, as Ordenações tinham vigência no Brasil – e tiveram até o advento do nosso primeiro Código Civil, em 1916.

Isso se deve, principalmente, à ideia que logo se construiu do Brasil pré-colonial, tanto no imaginário dos colonizadores portugueses quanto dos historiadores, anos mais tarde, de que não havia governo, direito ou mesmo um sistema econômico próprio no Brasil dos indígenas. De fato, não havia unidade política ou jurídica que identificasse um Brasil pré-colonial, com governo próprio, território definido e instituições jurídicas determinadas. Isso não significa, contudo, que não houvesse um Brasil pré-colonial ou que não se possa estudar esse Brasil pré-colonial.

Em termos genéricos, é possível afirmar que os portugueses encontraram no Brasil sistemas políticos, jurídicos e econômicos (no plural, mais para designar a multiplicidade de grupos sociais que existiam de modo independente, do que para marcar diferenças significativas entre eles) baseados no parentesco, no cacicado, na autoridade, no ritual, na tradição, na fragmentariedade.³

No período colonial brasileiro, a propriedade da terra estava vinculada à promoção do povoamento da terra e às formas de exploração dos recursos naturais existentes. As terras eram da Coroa Portuguesa, sendo concedidas a particulares, sob a condição de realização dos objetivos mencionados. Assim, formou-se um sistema de sesmarias, com regulação esparsa e inconsistente, ligado ao desbravamento das terras.

Varela aponta que, no sistema de sesmarias, a apropriação da terra estava associada – e mesmo condicionada – ao cultivo, em decorrência das necessidades de abastecimento agrícola da Europa.

A propriedade privada imobiliária brasileira é, assim, fruto de um longo processo que marca a saída dos bens do patrimônio público régio, um esforço gradativo de delimitação da esfera privada, em oposição ao que era público – as terras do rei. A cristalização do direito de propriedade privada foi, certamente, o resultado de uma complexa ‘construção’, forjada em meio às tensões sociais e às condicionantes da infraestrutura econômica. ‘Construção’ de uma disciplina jurídica proprietária, conquista gradual de um espaço a salvo das ingerências mercantilistas da Coroa. Essa disciplina jurídica

³ Embora não existam muitos trabalhos jurídicos sobre o tema, é possível encontrar fontes nos campos de estudo da História, da Sociologia ou da Antropologia, entre os quais são exemplo: CARDOSO, C. F. S. Sobre os modos de produção coloniais da América. In: SANTIAGO, Théo A. (Org.). **América colonial: ensaios**. Rio de Janeiro: Pallas, 1975, p. 61-88; KERN, A. A. **O processo histórico platino no século XVII: da aldeia guarani ao povoado missionário**. Estudos Ibero-Americanos, Porto Alegre, ano 11, n. 1, 1985.

serviu, fundamentalmente, à consolidação do poder da elite local, que se perpetuou sob a forma dos grandes latifúndios. ⁴

Bonavides menciona três fases na história constitucional do Brasil: o constitucionalismo do Império, de inspiração francesa e inglesa; o constitucionalismo da Primeira República, de inspiração americana; e o constitucionalismo do Estado Social, de inspiração alemã. ⁵

A primeira constituição brasileira foi a Constituição do Império, outorgada em 1824, dois anos após a proclamação da independência. De cunho essencialmente individualista e liberal, tinha o caráter de carta política, que instituía um Estado livre e monárquico. Foram garantidos direitos civis e políticos, como a liberdade, a segurança individual e a propriedade, esta mencionada em sua plenitude, devendo o Estado indenizar o cidadão se, por ocasião do interesse público, o Estado dela precisasse se utilizar (Art. 179).

A Lei de Terras de 1850 não admitia a posse como forma de aquisição da terra, sendo necessário o registro para legitimar a apropriação. Prevaleceu, assim, a propriedade sob a posse, sendo que a propriedade somente poderia ser adquirida com o registro formal da compra.

No Brasil do século XIX, a propriedade latifundiária tornou-se a principal riqueza, concentrada nas mãos de poucos e protegida pelo governo, com fundamento no direito de propriedade absoluto e de herança. Assim, consolidou-se um modelo econômico baseado na escravidão e no latifúndio.

A mercantilização plena da terra só pode ser compreendida em sua relação com a crise do trabalho escravo, ou seja, no sentido de que a gradativa introdução da renda da terra apresenta-se como equivalente de capital a substituir o trabalho escravo. (...) Essa tendência de capitalização da terra e a formação de um genuíno mercado de terras não foi, contudo, uniforme em todo o país. (...) Até o final do séc. XIX os discursos parlamentares associam o aumento da produtividade agrícola à substituição do elemento servil pelo colono livre e à estrutura da pequena lavoura. ⁶

⁴ VARELA, Laura Beck. **Das Sesmarias à Propriedade Moderna**: Um estudo da História do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 231-232.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 361-370.

⁶ VARELA, Laura Beck. **Das Sesmarias à Propriedade Moderna**: Um estudo da História do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 129-136.

Em 1891, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, inspirada na americana, que também exaltou a liberdade, a segurança individual e a propriedade. O texto do Art. 72, §17 pouco divergia do que já se previa na constituição anterior, mencionando a limitação do direito de propriedade privada em função da necessidade ou utilidade pública.

O primeiro período republicano no Brasil, denominado República Velha, foi marcado pelo coronelismo, pela política oligárquica do “café com leite” (as maiores forças políticas da época, os barões do café e do leite) e pelo positivismo (exposto na bandeira brasileira, então confeccionada, com o lema “ordem e progresso”).

O sistema constitucional implantado enfraquecera o poder central e reacendera os poderes regionais e locais, adormecidos sob o guante do mecanismo unitário e centralizador do Império. O governo federal não seria capaz de sustentar-se, se não se escorasse nos poderes estaduais. (...) Fundado nesse esquema doutrinário, imprime interpretação própria ao presidencialismo. Despreza os partidos, e constrói a “política dos Governadores”, que dominou a Primeira República e foi causa de sua queda.⁷

O início do século XX, no Brasil, foi fortemente afetado pelas mudanças e tensões ocorridas na Europa e pela Primeira Guerra Mundial. Os problemas sociais e a força dos movimentos sindicais, aliados aos problemas da economia do País, foram fatores determinantes para a eclosão da Revolução de 1930.

As forças políticas de São Paulo e Minas Gerais disputaram eleição presidencial, da qual saiu vitorioso o candidato governista, indicado por São Paulo. A Aliança Liberal, como se denominava a oposição, considerou as eleições fraudulentas, tendo deposto o então presidente Washington Luís e instituído um governo provisório, sob a liderança de Getúlio Vargas.

Após a Revolução de 30, veio a Constituição de 1934, seguida, depois, da de 1937, que instituiu o Estado Novo, a ditadura varguista. Durante a Era Vargas, por meio, principalmente, da legislação infraconstitucional, houve profundas mudanças normativas em termos de direitos trabalhistas e eleitorais.⁸

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 80.

⁸ Os dois primeiros Códigos Eleitorais brasileiros datam de 1932 e 1935. A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – foi aprovada como decreto-lei em 1943.

A Constituição de 1934 garantia o exercício do direito de propriedade na forma da lei, não podendo ir contra o interesse social ou coletivo (Art. 113, 17). No caso de desapropriação por necessidade pública ou em razão de perigo iminente ou estado de guerra, o proprietário deveria ser indenizado (previa ou, no caso de perigo ou de guerra, posteriormente).

Na Constituição de 1937, o direito de propriedade veio exposto no Art. 122, 14, com texto semelhante aos anteriores: a limitação que se vislumbrava se restringia ao interesse público, sendo a desapropriação indenizável. A ordem econômica se fundava no preceito de que a intervenção do Estado no domínio econômico somente se justificaria para suprir as deficiências da autonomia individual e controlar os conflitos dos fatores de produção:

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, Art. 135: Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

A ditadura varguista perdurou até 1945, estando entre os fatores relacionados ao seu fim: o término da Segunda Guerra Mundial, a crise econômica e as crescentes reivindicações em prol da democracia, a exemplo do Manifesto Mineiro de 1943. Vargas acabou por emendar a Constituição, autorizando a criação de partidos políticos e chamando eleições presidenciais, sendo afastado do poder por um golpe militar, em 1945, ao qual não fez grande oposição.⁹

Em fevereiro de 1946, foi criada uma Assembleia Constituinte, que formulou a Constituição de 1946, que trouxera a garantia dos direitos individuais, políticos e sociais que, até então, vinham sendo reconhecidos nas demais constituições. A forma de sua realização, os ânimos da Constituinte e o momento histórico da qual foi fruto, entre duas ditaduras, tornaram-na um marco significativo da história do País.

⁹ No período de 1945 a 1951, Getúlio Vargas atuou como senador e, em 1951, foi eleito Presidente da República, retornando ao poder “pelos braços do povo”, como ele mesmo definiu. Em 1954, pressionado para que renunciasse ao governo, cometeu suicídio, tendo fim a Era do Populismo Varguista.

No que tange ao direito de propriedade, no Art. 147, consta que o uso da propriedade estará condicionado ao bem-estar social, o que decorre do reconhecimento de que a ordem econômica deve buscar a realização da justiça social. A distribuição (na verdade, redistribuição) da propriedade deveria ocorrer de forma justa e em consonância com o Art. 141, §16, ou seja, mediante indenização.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, Art. 141: A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 16 - 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. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior. § 17 - Os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio. § 18 - É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial. § 19 - Aos autores de obras literárias artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar.

Após o Golpe Militar de 1964, veio um longo período ditatorial, em que se previa constitucionalmente a possibilidade de perda ou suspensão de direitos fundamentais. A Constituição de 1967 e a de 1969 (Emenda 1 à carta anterior), foram as primeiras a mencionar a função social da propriedade.

Na Constituição de 1967, o direito à propriedade estava disposto no Art. 150, §22, §24 e §25. A função social da propriedade estava disposta no Art. 157, III, tendo o §1º previsto a desapropriação da propriedade rural, mediante pagamento de indenização.

Constituição do Brasil de 1967, Art. 157: A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III - função social da propriedade; (...) §1º - Para os fins previstos neste artigo a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata, correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e

como pagamento do preço de terras públicas. (...) § 4º - A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1969 enalteceu a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (Art. 153). Os parágrafos 22, 24 e 25 dispunham especificamente sobre propriedade, em termos praticamente idênticos aos da carta anterior.

Até então, as constituições brasileiras podem ser caracterizadas como cartas políticas, ou seja, tinham um conteúdo essencialmente político e organizacional. Reconheciam direitos, mas tais normas tinham caráter declaratório e programático.

Por essa razão, o estudo do direito de propriedade estava vinculado aos conceitos clássicos de inspiração romana e liberal. A propriedade privada ficava protegida pelo ordenamento, podendo o legislador infraconstitucional prever limitações com relação à necessidade ou utilidade pública ou ao interesse social, que são conceitos jurídicos indeterminados.

A Constituição Federal de 1988, por outro lado, veio num momento histórico distinto. Além de ter inaugurado o Estado Democrático de Direito no Brasil, há de se considerar que inaugurou também uma nova interpretação constitucional, em que se busca a eficácia das normas relativas a direitos fundamentais.

Conforme a Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, a aplicabilidade dos direitos que a Constituição Federal de 1988 reconheceu como fundamentais também produz efeitos na esfera particular, e não apenas do Estado para o indivíduo.

Segue e incorpora também a mesma tradição de Weimar em dar preeminência ao social. Para lograr a eficácia da socialidade jurídica ou da estatalidade social e evitar que o estatuto básico tenha, como nas Constituições anteriores do Século XX, considerável parte do conteúdo de suas regras sobre direitos sociais convertida em preceitos meramente programáticos, por inaplicabilidade e decurso de tempo, o constituinte de 1988 instituiu um remédio novo de processualística constitucional: o mandado de injunção.¹⁰

3. A Constituição Federal de 1988 e a função social da propriedade

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 370.

A Constituição Federal de 1988 dispõe, no Art. 5º, incisos XXII a XXXI, quanto ao direito de propriedade e de herança. É garantido o direito de propriedade, que deve atender à sua função social. No Art. 170, inciso III, a função social da propriedade ficou instituída como um dos princípios da ordem econômica, cujo fim deve ser assegurar a todos uma existência digna e promover a justiça social.

A dupla visão do direito de propriedade na Constituição Federal atende a objetivos diferentes, sendo protegida a propriedade como forma de realização pessoal (direito à propriedade) e como instrumento para o exercício da atividade econômica (direito de propriedade).¹¹

Hodiernamente, já se percebe que a caracterização de propriedade, em geral, não atende a todos os questionamentos gerados quando se verifica a existência de diversas propriedades (a propriedade pode ser rural ou urbana, material ou imaterial, pública ou privada etc.).

Silva observa que existem bens que servem à satisfação das necessidades primárias do indivíduo, sendo, assim, a apropriação privada necessária e legítima. Nesse sentido, a função da propriedade seria o de promover a satisfação pessoal e individual, como forma de realização da dignidade humana.

Disso decorre que sejam predispostos à aquisição de todos com a maior possibilidade possível, o que justifica até a intervenção do Estado no domínio da sua distribuição, de modo a propiciar a realização ampla de sua função social. E este é um princípio que se superpõe mesmo ao da iniciativa privada. Assim, a intervenção direta na distribuição de bens de consumo (conceito que inclui também os de uso pessoal duráveis: roupa, moradia etc.), para fomentar ou mesmo forçar o barateamento do custo de vida, constitui um modo legítimo de fazer cumprir a função social da propriedade.¹²

Grau vislumbra um conjunto de institutos jurídicos relacionados a distintos tipos de bens, distinguindo quanto a bens de consumo e de produção, no que observa que algumas

¹¹ MATIAS, João Luis Nogueira; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Propriedade, meio ambiente e empresa: dos condicionamentos ao exercício da empresa em razão do Direito Ambiental. In: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luis Nogueira. (Org.). **Propriedade e Meio Ambiente: da Inconciliação à convergência**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. 1, p. 23.

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 813.

propriedades são dotadas de função individual. A estrutura do instituto, porém, fora modificada pela afetação por função social.¹³

Comparato vislumbra, nesses bens, a propriedade como instrumento a garantir a subsistência do indivíduo e de sua família.¹⁴

No tocante à propriedade da terra, hoje, temos vasta legislação e jurisprudência, principalmente em razão das pressões políticas e sociais concernentes à execução de uma política agrária distributiva.

Reforma agrária é programa de governo, plano de atuação estatal, mediante intervenção do Estado na economia agrícola, não para destruir o modo de produção existente, mas apenas para promover a repartição da propriedade e da renda fundiária. Ao contrário, a concepção de reforma agrária, que se tem postulado no Brasil, até pelas esquerdas, e a Constituição consagrou (art. 189), reforça o modo de produção capitalista, na medida em que se pleiteia a redistribuição da terra em favor da unidade de produção familiar, o que difunde e consolida a propriedade agrária e cria resistências a uma transformação de tipo socialista.¹⁵

O Estatuto da Terra assegurou o acesso à propriedade rural, limitado à produtividade, assim compreendida conforme os níveis definidos em lei, à valorização do trabalho e à preservação dos recursos naturais. A Lei da Reforma Agrária (Lei nº 8.629/93) estabeleceu que a propriedade produtiva é aquela que, “explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente”.

O Estatuto da Cidade, por sua vez, também tratou de função social, no Art. 182, §2º, quando definiu que o cumprimento da função social estaria relacionado ao atendimento das “exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. A garantia do bem-estar dos habitantes também se configura como importante elemento para o preenchimento do conteúdo finalístico da propriedade urbana.

Com as normas dos arts. 182 e 183, a Constituição fundamenta a doutrina segundo a qual a propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir sua função

¹³ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 239 e p. 247-248.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 63, 1987, p. 71-79.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 821.

social específica: realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar *habitação* (moradia), condições adequadas de *trabalho*, *recreação* e de *circulação humana*.¹⁶

Silva vislumbra equivalência entre a função social da propriedade dos bens de produção, a função social da empresa e a função social do poder econômico. (mesmo entendimento de Eros Grau). Desse modo, tem-se a função social como elemento de equilíbrio da ordem econômica.

A função social da propriedade traz a ideia de que “a propriedade obriga”, conforme estabelecido na Constituição de Weimar, desenvolvendo-se uma relação de poder e dever do proprietário.

Coelho, ao tratar do princípio da função social da propriedade, menciona a ideia de que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, contrapondo, assim, interesse individual e social.

No Brasil, esse princípio adquiriu cidadania constitucional com a já referida Carta Política de 1934, cujo art. 113, item 17, na linha da nossa tradição jurídica, continuou a assegurar o direito de propriedade, com a ressalva – e nisso consistiu a novidade – de que, doravante, ele não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo.¹⁷

Importa discutir se a função social da propriedade, de que trata a Constituição, seria um princípio de concretização do direito de propriedade, portanto, de conformação, ou uma restrição, limitação ao direito de propriedade.

O direito de propriedade, antes de ser relativizado, restringindo ou limitado, deve ter sua máxima aplicabilidade, posto que garantido constitucionalmente, na condição de direito fundamental do homem e cláusula pétrea da nossa Constituição.

A partir desse pressuposto – ou seja, a partir de uma proteção amplíssima, ainda que *prima facie*, a essas condutas, estados e posições jurídicas –, há uma tendência a um grande aumento no número de colisões entre direitos fundamentais. Essa tendência leva a uma necessidade de restrição a direitos fundamentais quando isso for

¹⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 817.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1356.

necessário para a solução de colisões. *Todo direito fundamental é, portanto, restringível.*¹⁸

As limitações ao direito de propriedade existem e estão consubstanciadas nas limitações administrativas à propriedade, regulamentadas por lei, em razão da necessidade, da utilidade pública ou do interesse social.

Vale mencionar a observação de Mendes, referenciando Pieroth e Schlink, que “a possibilidade de desapropriação mediante pagamento de indenização justa converte a garantia da propriedade em garantia do valor da propriedade”.¹⁹

A função social, enquanto norma jurídica principiológica, tem caráter mais amplo, mais reformador da percepção de propriedade do que meramente limitativo. Não se trata de simples relativização da propriedade, mas de mudança de paradigma na leitura do direito de propriedade.

Nesse passo, deve-se reconhecer que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um intenso processo de *relativização*, sendo interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária. As disposições legais relativas ao conteúdo têm, portanto, inconfundível *caráter constitutivo*. Isso não significa, porém, que o legislador possa afastar os limites constitucionalmente estabelecidos. A definição desse conteúdo pelo legislador há de preservar o direito de propriedade enquanto garantia institucional. Ademais, as *limitações* impostas ou as novas *conformações* emprestadas ao direito de propriedade hão de observar especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais.²⁰

A propriedade funcionalizada deverá ser analisada à luz da realização de algum objetivo social: seja a produtividade (no caso da propriedade rural), seja o bem estar dos habitantes da cidade (no caso da propriedade urbana), seja a democratização do conhecimento e da cultura (no caso da propriedade intelectual).

A idéia de função social, no direito brasileiro, expressa através de princípio constitucional, é conformadora do direito de propriedade, integrante de sua estrutura, delineada como relação jurídica complexa,

¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 253.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 422.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 439.

implicando deveres instrumentais que permitem a realização dos objetivos eleitos pelo constituinte, vinculando o legislador infra-constitucional e o intérprete.²¹

Importa ressaltar, a evolução do direito de propriedade que implicou em sua funcionalização é, não uma mera evolução do individual para o social, mas uma marcha rumo à humanização do próprio Direito.

Humanizar o direito de propriedade é concebê-lo em perspectiva não individual, não absoluta, mas sim como instrumento para o alcance do interesse social, exatamente como descreve a Constituição Federal de 1988, ao estipular a sua vinculação à função social. Funcionalizar o direito de propriedade é vinculá-lo à realização dos valores previstos na Constituição, especialmente a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.²²

4. A proteção jurídica da propriedade privada na perspectiva civilista

O Código Civil de 1916, realizado sob a égide da Constituição de 1891, buscou conceituar a propriedade, em geral, a partir dos direitos conferidos ao proprietário, no modelo romano: usar, gozar, dispor e reivindicar seus bens (Art. 524). A plenitude que tinha a propriedade se devia à inspiração liberal e individualista, conforme já mencionado.

Beviláqua relacionava a aquisição da propriedade com um instinto animal, explicando a necessidade de apropriação de bens orientada pela obtenção de estabilidade. Assim, definia-a como poder assegurado pelo grupo social de utilização dos bens da vida física e mortal.²³

O Código Civil de 2002, por sua vez, em seu Art. 1.228, manteve o texto anterior quase que integralmente: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Nos parágrafos do referido artigo de lei, entretanto, observa-se que a propriedade está relacionada também com a sua função social, com a preservação dos recursos naturais e do patrimônio

²¹ MATIAS, João Luis Nogueira; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Propriedade, meio ambiente e empresa: dos condicionamentos ao exercício da empresa em razão do Direito Ambiental. In: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luis Nogueira. (Org.). **Propriedade e Meio Ambiente: da Inconciliação à convergência**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. 1, p. 26.

²² MATIAS, João Luis Nogueira. Historicidade do direito de propriedade: a marcha rumo à humanização. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro** - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 2013/03, p. 2097.

²³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. v.1. 435 p. Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Civil. Obra fac-similar. p. 114-139.

histórico e artístico, com a comodidade e a utilidade individuais, com a necessidade, a utilidade pública e o interesse social.

O artigo 1.228 do Código Civil, ao tratar de definir a propriedade, o faz de modo coordenado com uma série de outros interesses juridicamente protegidos pela Constituição. É esse o caso da tutela dirigida à posse coletiva e da possibilidade de desapropriação judicial para fins de regularização fundiária (§§4o e 5o)²⁰, ou da previsão acerca da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social (§3o).²⁴

Percebe-se que a previsão trazida pelo Código Civil de 2002 elencou os diversos aspectos de conformação e limitação do direito de propriedade, reconhecendo valor e legitimidade na posse como instituto jurídico. Há, em suma, o reconhecimento da conformação da propriedade às suas finalidades econômicas e sociais, à preservação do patrimônio histórico e do meio ambiente, à utilidade e ao interesse econômico e social

CC/2002, Art. 1.228.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

²⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O artigo 1228 do Código Civil e os deveres do proprietário em matéria de preservação do meio ambiente. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 168, 2005, p. 105.

Gomes define o direito de propriedade como complexo, unitário, absoluto, perpétuo, exclusivo e elástico, afirmando ser o mais amplo direito de utilização econômica das coisas, direta ou indiretamente. Diz, ainda, que a expressão ‘função social da propriedade’ é um conceito vago, que torna o direito de propriedade uma complexa situação jurídica “subjéctiva, activa e passiva”.²⁵

Considerada na perspectiva dos poderes do titular, a propriedade é o mais amplo direito de utilização econômica da coisa, directa ou indirectamente. (...) O exercício dos poderes inerentes a um determinado direito, sob pena de configurar a hipótese legal do abuso previsto no art. 187 do CC, está limitado ao fim económico ou social. Essa percepção teleológica confere à função social uma chancela finalística, quer recaia sobre móveis, quer sobre imóveis.²⁶

Gomes vislumbra a modificação do conceito de direito de propriedade – e não mera limitação – com a indicação de uma finalidade social que tem por objeto bens de produção. Menciona, ainda, a política intervencionista de defesa dos interesses difusos, como a protecção ao meio ambiente.

Essa política intervencionista compreende técnicas que encontram apoio na necessidade de defender os chamados interesses difusos, como é o caso da protecção do ambiente, ou de restringir certas faculdades do domínio até o ponto de desagregá-las, como já aconteceu, em algumas legislações, com o direito de construir. Essa técnicas também são aspectos da modernização do direito de propriedade, mas aspectos distintos de sua concepção finalística, limitações, vínculos, ônus que comprimem a propriedade porque outros interesses mais altos se alevantam, jamais porque o proprietário tenha deveres em situação passiva característica.²⁷

Farias e Rosenvald mencionam a função individual da propriedade, o que justificaria a sua protecção jurídica de forma ampla, como direito fundamental. No entanto, defendem que o actual modelo de conceituação da propriedade – e suas justificativas – impediria a funcionalização do direito de propriedade e o alcance das demais formas de propriedade.

²⁵ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19ª ed. actual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 123-124.

²⁶ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19ª ed. actual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 110.

²⁷ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19ª ed. actual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 129.

Há sólidos argumentos que mantêm o caráter fundamental do direito de propriedade. Para além de seu reconhecimento constitucional expresso, são inegáveis a sua imutabilidade formal e material e a judicialidade plena. O reconhecimento da propriedade como direito humano se prende à sua função de proteção pessoal de seu titular. Há uma função individual da propriedade que consiste na garantia da autonomia privada do ser humano e no desenvolvimento de sua personalidade, pois os direitos reais são outorgados a uma pessoa para a realização pessoal da posição de vantagem que exerce sobre a coisa. (...) Há de se ressaltar que toda a matéria relativa à propriedade de bens incorpóreos é regulamentada fora do Código Civil, em diplomas esparsos – Lei nº 9.279/96 (Marcas e Patentes), Lei nº 9.609/98 (Programas de Computador) e Lei nº 9.610/98 (Direitos Autorais). O objeto da propriedade no Código Civil se encontra reduzido ao Livro do Direito das Coisas. Coisa é o bem tangível, o objeto móvel ou imóvel materializado em sua existência. Já o termo bem alcança qualquer objeto, seja ele corpóreo ou incorpóreo. Portanto, há uma relação de gênero e espécie entre bem e coisa, sendo que os bens do intelecto escapam do Código Civil.²⁸

De acordo com o disposto no Código Civil de 2002, Farias e Rosenvald observam a existência de três importantes atributos da propriedade: a exclusividade, a perpetuidade e a elasticidade. Na conceituação do direito de propriedade, trazem elementos como a complexidade e a formalidade, observando a imposição à coletividade do dever geral de abstenção.

O direito subjetivo de propriedade concerne à relação jurídica complexa que se forma entre aquele que detém a titularidade formal do bem (proprietário) e a coletividade de pessoas. Nos bens imóveis, nasce a propriedade através do ato do registro, que a tornará pública e exigível perante a sociedade. O objeto da relação jurídica ora decantada é o dever geral de abstenção, que consiste na necessidade dos não proprietários respeitarem o exercício da situação de ingerência econômica do titular sobre a coisa.²⁹

Em se tratando de função social, defendem-na como conformadora do direito de propriedade, reestruturando-o, no sentido de impor obrigações ao proprietário que se configurem em exploração racional dos bens.

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Direitos Reais**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 176-178.

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Direitos Reais**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 176-177.

A função social penetra na própria estrutura e substância do direito subjetivo, traduzindo-se em uma necessidade de atuação promocional por parte do proprietário, pautada no estímulo a obrigações de fazer, consistentes em implementação de medidas hábeis a impulsionar a exploração racional do bem, com a finalidade de satisfazer os seus anseios econômicos sem aviltar as demandas coletivas, promovendo o desenvolvimento econômico e social, de modo a alcançar o valor supremo no ordenamento jurídico: a Justiça.³⁰

Essa ideia de exploração racional é recorrente no estudo do direito de propriedade, principalmente em consideração aos bens ambientais. Quando do estudo do conceito de propriedade sob a ótica econômica, temos como justificativa o critério de eficiência de alocação de recursos. No estado fictício de natureza, como os recursos são abundantes, não há necessidade de se apoderar deles, o que só viria a ocorrer com a escassez de recursos.

A necessidade de proteção do direito de propriedade pode ser explicado em função da teoria econômica dos custos de exclusão ou da tragédia dos baldios ou dos comuns, apresentada por Garrett Hardin, em 1968.

Para essa teoria, a ineficiência econômica seria minorada com a proteção do direito de propriedade, que motivaria os indivíduos a um melhor desempenho econômico com a garantia institucional de exclusão do direito de terceiros sobre seus bens. A proteção do direito de propriedade produz sensível diminuição dos custos de exclusão, já que tornam menor a possibilidade de que bens coletados ou produzidos sejam apropriados por terceiros indevidamente.³¹

O problema exposto por Hardin usou como exemplo os pastos comunais da Inglaterra, buscando demonstrar que a delimitação do uso dos recursos garantiria maior eficiência na distribuição, cultivo e produção. Em 1997, Michael Heller viria a apresentar a tragédia dos anti-baldios ou anti-comuns, que buscava demonstrar a perda de eficiência econômica quando do desperdício de um recurso natural.³²

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Direitos Reais**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 204-205.

³¹ MATIAS, João Luis Nogueira. O fundamento econômico e as novas formas de propriedade. In: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luis Nogueira. (Org.). **Estudos de Direito de Propriedade e Meio Ambiente**: Novas perspectivas sobre um velho direito. 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, v. 1. , p. 95-125.

³² HELLER, Michael. **The tragedy of the anticommons**: property in the transition from Marx to markets. Apresentada pelo autor, em junho de 1997, no Davidson Institute Research Workshop on the Economics of Transition e publicada na Revista de Direito de Harvard 111 (1997).

Outro aspecto interessante da função social da propriedade é a verificação de um processo de constitucionalização de institutos jurídicos, decorrente das mudanças ocorridas a partir da Constituição de 1988, com a introdução da nova hermenêutica constitucional.

O princípio da dignidade humana acarretou na superação da dicotomia entre direito público e privado, sucumbindo na transformação estrutural do direito civil em direito civil constitucional. O Código Civil não se encontra mais no centro das relações de direito privado e, por conseguinte, o tratamento jurídico da propriedade não deve ser concebido apenas através de suas normas, mas deve ser balizado pelo texto constitucional, como consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas. E a dignidade da pessoa humana, por seu turno, encontra-se no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, sendo o valor que conforma todos os demais ramos do Direito.³³

5. Considerações Finais

O estudo da propriedade merece investigação histórica específica, pois o jurista não pode se abster de analisar a evolução não somente das leis e constituições, mas, essencialmente, dos conceitos jurídicos. O estudo da história de um direito comporta também o estudo das decisões políticas que o compuseram, na medida em que foi se modificando, e o estudo dos aspectos que rodeavam essas alterações.

O estudo da história de qualquer direito no Brasil tem de levar em conta também o período pré-colonial, embora não haja fontes histórico-jurídicas abundantes, pois esse Brasil indígena encontrado pelos portugueses não desapareceu em 1500, tendo, assim, valor indiscutível os dados referentes àquela época que dizem respeito aos, ainda que simples, sistemas político, jurídico e econômico até então vigentes.

Também se deve ter em mente que, mesmo após 1822 e até 1916, as Ordenações Portuguesas ainda tiveram vigência, sendo, por isso mesmo, imprescindível o estudo do direito português nessa perspectiva, de suas origens e evolução.

A propriedade da terra, no Brasil, esteve, desde o período colonial, associada à promoção do povoamento e às formas de exploração dos recursos naturais existentes, o que deu origem ao sistema de sesmarias e, posteriormente, de latifúndios. A evolução

³³ BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MATIAS, João Luis Nogueira. **A função ambiental da propriedade**. In: Congresso Nacional do CONPEDI, XVII, 2008, Brasília. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 1567.

constitucionalista, com gradual timidez, impôs à propriedade o atendimento de sua função social, sem que essa fosse devidamente conceituada nas Constituições brasileiras.

A Constituição Federal de 1988 dispõe, no Art. 5º, incisos XXII a XXXI, quanto ao direito de propriedade e de herança. É garantido o direito de propriedade, que deve atender à sua função social. No Art. 170, inciso III, a função social da propriedade ficou instituída como um dos princípios da ordem econômica, cujo fim deve ser assegurar a todos uma existência digna e promover a justiça social.

Da perspectiva civilista, ainda se conceitua a propriedade partindo da premissa clássico-romana de usar, gozar e dispor da coisa (CC/2002, Art. 1.228, *caput*), embora se tenha avançado com o reconhecimento da conformação da propriedade às suas finalidades econômicas e sociais, à preservação do patrimônio histórico e do meio ambiente, à utilidade e ao interesse econômico e social (CC/2002, Art. 1.228 e parágrafos).

A propriedade, no paradigma do Estado Democrático de Direito, obriga, quer dizer, impõe deveres ao proprietário de cumprimento de sua função social. A propriedade funcionalizada deverá ser analisada à luz da realização de algum objetivo social: seja a produtividade (no caso da propriedade rural), seja o bem estar dos habitantes da cidade (no caso da propriedade urbana), seja a democratização do conhecimento e da cultura (no caso da propriedade intelectual).

O direito de propriedade, antes de ser relativizado, restringindo ou limitado, deve ter sua máxima aplicabilidade, posto que garantido constitucionalmente, na condição de direito fundamental do homem e cláusula pétrea da nossa Constituição. Assim, a proposta de funcionalização da propriedade não condiz com a retirada da individualidade, da satisfação pessoal e individual, da promoção do desenvolvimento individual de seu âmago.

Talvez com esse receio, há ainda entraves em conceber um conceito que se adeque melhor à ideia de propriedade ou de propriedades. Essa resistência se dá, principalmente, porque há dificuldade de nos afastarmos da concepção civilista liberal, influenciada pelo direito romano clássico.

A caracterização de propriedade, em geral, não atende a todos os questionamentos gerados quando se verifica a existência de diversas propriedades – a propriedade pode ser rural ou urbana, material ou imaterial, pública ou privada etc.

A função social da propriedade é condição de reformulação do direito de propriedade e não de simples limitação. A nossa ordem econômica reconhece-a com a natureza de norma principiológica.

O reconhecimento e a concretização do direito de propriedade conformado à sua função social advém da inauguração de uma nova ordem jurídica, constitucionalizada, em que as normas relativas a direitos fundamentais deixam de ser vistas apenas como normas programáticas.

Essa nova ordem é marcada por um paradigma confuso: o da democracia. Confuso justamente porque pretende aliar o individual e o social. Confuso porque nossos limites territoriais, nossas possibilidades tecnológicas, nossas relações sociais, econômicas e jurídicas já não são as mesmas e estão profundamente alteradas e, até mesmo, desestruturadas pelos contínuos processos de globalização e industrialização pelos quais passamos. E confuso principalmente porque precisamos (re)construir nossos direitos fundamentais a partir de outro referencial, não mais local, mas global: o da humanidade.

Essa confusão, contudo, não pode nos obstar de pensar e de repensar o direito. Ou, nesse caso, a propriedade, que deve ser vislumbrada em seu aspecto individual, social, mas, principalmente, humano: a propriedade é, em última instância, uma coisa; e o Direito não é construído para as coisas, mas para as pessoas.

Referências Bibliográficas

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. v. 1. Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Civil. Obra fac-similar.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coord.) **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, vol. 63. p. 71-79. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Civilização Capitalista**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19ª ed. atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Realismo e utopia constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Diálogos Constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 133-144.

HELLER, Michael. **The tragedy of the anticommons**: property in the transition from Marx to markets. Apresentada pelo autor, em junho de 1997, no Davidson Institute Research Workshop on the Economics of Transition e publicada na Revista de Direito de Harvard 111 (1997). Disponível em <
<http://www.unc.edu/courses/2007fall/geog/804/001/Heller%201998%20Tragedy%20of%20the%20Anticommons.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2012.

JUNIOR, Eroulths Cortiano. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovarm 2002.

KRELL, Andreas J. Alguns comentários comparativos a respeito da relação entre a função social da propriedade e a proteção ambiental nos sistemas jurídicos do Brasil e da Alemanha. In: PEREIRA, Carla Sofia; SALES, Gabrielle Bezerra (Org.). **Entre o ter e o ser**:

Atualização Jurídico-Conceitual do Direito de Propriedade. Fortaleza: Faculdade Christus, 2009, p. 51-67.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade como Relação Jurídica Complexa**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

MAIA, Gretha Leite. A propriedade sob a perspectiva do pensamento político da modernidade. In: PEREIRA, Carla Sofia; SALES, Gabrielle Bezerra (Org.). **Entre o ter e o ser**: Atualização Jurídico-Conceitual do Direito de Propriedade. Fortaleza: Faculdade Christus, 2009, p. 211-222.

MATIAS, João Luis Nogueira. Tutela da propriedade e da posse nos primórdios do Direito Português e nas Ordenações. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 2014/10, 2014, p. 8033-8062.

MATIAS, João Luís Nogueira. O fundamento econômico e as novas formas de propriedade. In: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luís Nogueira. (Org.). **Estudos de Direito de Propriedade e Meio Ambiente**: Novas perspectivas sobre um velho direito. 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, v. 1. , p. 95-125.

MATIAS, João Luís Nogueira. A ordem econômica e o princípio da solidariedade na Constituição Federal de 1988. **Revista Nomos** (Fortaleza), v. 31, p. 69-102, 2009.

MATIAS, João Luís Nogueira. Em busca de uma sociedade livre, justa e solidária: a função ambiental como forma de conciliação entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente sadio. In: MATIAS, João Luís Nogueira (Org.). **Ordem econômica na perspectiva dos direitos fundamentais**. Curitiba: Editora CRV, 2013, v. 1, p. 13-34.

MATIAS, João Luís Nogueira. Historicidade do direito de propriedade: a marcha rumo à humanização. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro** - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 2013/03, p. 2081, 2013.

MATIAS, João Luís Nogueira; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Propriedade, meio ambiente e empresa: dos condicionamentos ao exercício da empresa em razão do Direito

Ambiental. In: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luís Nogueira (org.). **Propriedade e meio ambiente**: da inconciliação à convergência. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 22-52.

MATIAS, João Luís Nogueira; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Repensando o direito de propriedade**. In: Congresso Nacional do CONPEDI, XV, 2006, Manaus. Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/reconst_da_dogmatica_joao_luis_matias_e_afonso_rocha.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; MENDONÇA, Tânia Luiza Calou de Araújo e. “Minha terra tem palmeiras onde canta o sabiá”: O domínio das terras brasileiras. In: MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e (Coord.). CABRAL, Ana Rita Nascimento; CARVALHO, Nathalie de Paula; COELHO, José Martonio Alves; CARMO, Valter Moura do (Org.). **As garantias da propriedade e as intervenções estatais**. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 215-231.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O artigo 1228 do Código Civil e os deveres do proprietário em matéria de preservação do meio ambiente. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 168, 2005, p. 101-120. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26833-26835-1-PB.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

PEREIRA, Ana Carolina Barbosa. A evolução do direito de propriedade e sua função social no Direito Brasileiro: aspectos legais. In: MATIAS, João Luís Nogueira. (Coord.). SALES, Tainah Simões; AGUIAR, Ana Cecília Bezerra de (Org.). **Ordem Econômica na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. 1ª ed. Curitiba, PR: Editora CRV, 2013, 49-64.

PEREIRA, Carla Sofia. A Propriedade como Direito Fundamental – histórico, atualização e perspectivas. In: PEREIRA, Carla Sofia; SALES, Gabrielle Bezerra (Org.). **Entre o ter e o**

ser: Atualização jurídico-conceitual do direito de propriedade. Fortaleza: Faculdade Christus, 2009, p. 85-108.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e Função Social na Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

ROCHA, Maria Vital da; MATTOS, Rodrigo Pierre Linhares. A Função Social e o Direito de Propriedade no Direito Romano e no Direito Brasileiro. In: SOLA, Pedro Resina (Org.). **Fundamenta Iuris** - Terminologia, princípios e interpretatio. 1ª ed. Almeria: Editorial Universidad de Almeria, 2012, p. 687-693.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 6, 2000, p. 159-182. Disponível em <http://www.andersonschreiber.com.br/Anderson_Schreiber/Artigos_files/Schreiber%20-%20Propriedade.pdf>. Acesso em: 08 maio. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Roberto Carlos Rocha da. Movimento pendular do Direito e a construção histórico-jurídica do princípio da solidariedade social. In: MATIAS, João Luís Nogueira (Coord.). SALES, Tainah Simões; AGUIAR, Ana Cecília Bezerra de. (Org). **Ordem Econômica na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. 1ª ed. Curitiba, PR: Editora CRV, 2013, p. 171-184.

TEPPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada, em **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, pp. 267-293.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, Nº 6, jun. 2005.

Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30793-33014-1-PB.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

VARELA, Laura Beck. **Das Sesmarias à Propriedade Moderna**: Um estudo da História do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.