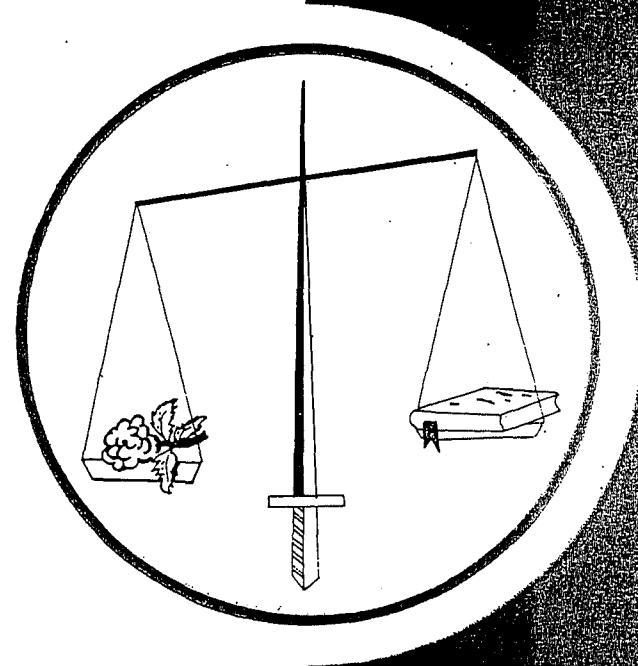
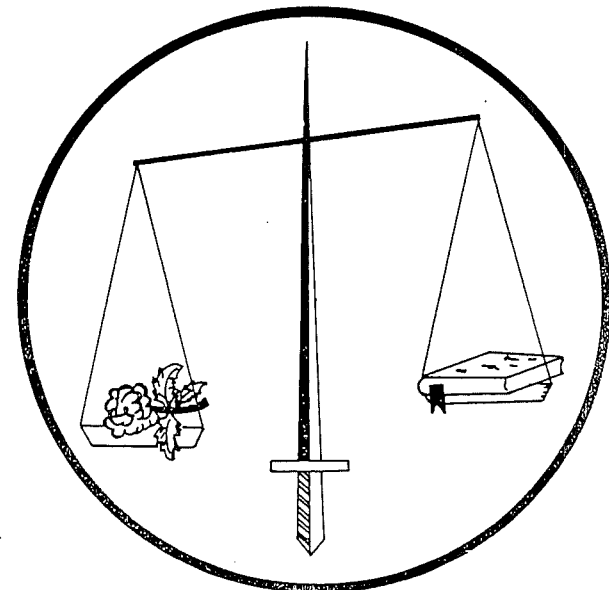


**REVISTA
DO CURSO DE
DA UNIVERSIDADE FEDERAL
DE UBERLÂNDIA**



REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA



V. 11 — Nº 1/2 — 1982 — Tiragem: 4.000 exemplares

Diretores Responsáveis: Jacy de Assis e

Dinah Fernandes de Carvalho

Curso de Direito: Instituto de Pesquisas

Campus Umuarama — Bloco E — Sala 2E-16

38.400 — Uberlândia — MG.

Revista semestral

Distribuição gratuita

R. C. Dir. Univ. Fed. Uberlândia	v. 11	n. 1/2	P. 1 - 358	1982
----------------------------------	-------	--------	------------	------

Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, Gráfica UFU, V. 1/2

2º sem. 1982 — vol. 11

v. 23 cm semestral

1. Direito — Periódicos.

CDD — 340.05

2.13 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*)

Ao tratar deste tema, que à primeira vista parece achar-se superado pela mole imensa de problemas políticos, econômicos, sociais e mesmo jurídicos, que atormentam o mundo neste último quartel do século XX, e em particular preocupam os homens de pensamento em nosso País, não devo perder de vista a observação feita pelo Doyen MARTY, na Faculdade de Toulouse, durante a reunião dos organismos franceses de Direito Comparado, sessão de 26 de março de 1960, a propósito dos "Novos Aspectos da Propriedade Imóvel". "A evolução do direito de propriedade através dos tempos", dizia o professor MARTY, "é um dos temas clássicos de reflexão, que periodicamente se propõe à atenção dos juristas, os quais, aliás, longe estão de conservar o monopólio destas preocupações, que sempre foram partilhadas com os economistas, os sociólogos, os reformadores políticos e os teólogos" (Revue Internationale de Droit Comparé, 1961, pág. 352).

Em referência a seu país, o mesmo Decano observa: "Em França, desde DUGUIT, para somente falar deste último meio-século, não há proposições, ensaios sobre evoluções e transformações do direito que não consagrem investigações sobre os destinos deste direito subjetivo por excelência . . .". E, em seguida, numa generalização que é uma verdade, acrescenta: "Mais cette question, *mutatis mutandis*, se pose en tous pays, nonobstant les reaffirmations plus prudentes de la Déclaration universelle des droits de l'homme".

(*) Professor Emérito na Universidade Federal do Rio de Janeiro e na Universidade Federal de Minas Gerais.

Um dos conceitos mais vulgarizados no mundo jurídico ocidental é a **propriedade**. Para o jurista é tão seguro que serve de exemplo quando quer dar notícias do **direito subjetivo**. Para o leigo, mesmo para o homem do povo, é tão difundido, que não sente necessidade de uma definição. Até a criança tem a noção de domínio, quando briga pelo seu brinquedo.

No plano puramente jurídico, partindo da noção mesma de direito subjetivo, seja como “poder da vontade” (SAVIGNY), seja como interesse juridicamente protegido (IHERING), RAYMOND MARTIN considera a propriedade como um “direito-poder”, que se assemelha a uma soberania concedida ao indivíduo (“une souveraineté accordée à l’individu”). cf. **De L’usage des droits et particulièrement du droit de propriété**, in Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1975, pág. 52.

No entanto, quem acompanha a sua evolução através da História pode sentir as variações por que tem passado.

A origem da idéia dominial é mística. D’AGUANO, como LEVY BRUHL, como ENGELS, pesquisando a sua gênese, mostram que a propriedade reflete um vínculo sagrado entre o indivíduo que possui e a coisa possuída. Não importa, em certo momento, se é individual ou coletiva. É sempre sagrada, religiosa a sua concepção no plano da explicação primitiva.

Por outro lado, na sua origem, dois foram os conceitos que andaram irmanados: propriedade e família. E, como ambos se inspiravam na religião, podemos concluir que originariamente a relação entre o homem e a coisa submetia-se a uma trilogia: **propriedade-família-religião**.

Voltando as vistas para a idéia do domínio no direito moderno, encontramos também uma trilogia superposta à sua noção: **propriedade-política-economia**.

Como se chegou a esta concepção? De que modo ocorreu este deslocamento?

É o que, em poucas palavras me proponho mostrar.

Para imprimir método à exposição, divido a curva evolutiva ou histórica da propriedade em 4 fases: no primeiro, o direito de propriedade na Cidade Antiga, até o Baixo Império; o segundo que se inicia com as grandes invasões e vai até o século XVIII; o terceiro que vem do individualismo

liberal até o século XX; o quarto, ainda incompleto, que se desenvolve aos nossos olhos.

Devo, entretanto, ressaltar que não compreendo nestes quatro períodos ou nestas quatro **idades** a “propriedade coletiva”, conhecida entre povos primitivos, ou outros que jamais cultivaram o conceito dominial como um direito subjetivo individual. Aliás a tese do regime dominial coletivista, como observa CASTAN TOBEÑAS, teve grande ressonância no século passado, incidindo sobre a terra, de certo modo ligado ao que ele denomina de “comunismo patrimonial familiar”, e foi objeto das pesquisas de BACHOFFEN, MORGAN, ENGELS, LAVELEYE (cf. CASTAN TOBEÑAS, **La Propiedad y sus Problemas Actuales**, pág. 37).

1ª. FASE — CIDADE ANTIGA

Na bacia mediterrânea, quem soube melhor do que ninguém estruturar o direito foi o povo romano.

Acompanhando Ihering no Espírito do Direito Romano; Fustel de Coulange, na “Cidade Antiga”; Ludovic Beauchet, na “História do Direito Privado na República Ateniense”; Felicien Challay, na “História da Propriedade”; Lucien Jansse, em “A propriedade” podemos salientar o conceito de propriedade na sua origem entre os povos ocidentais.

A propriedade foi uma das primeiras noções jurídicas a se fixarem. Numa quadra em que o elemento religião (**fas**) ainda se mesclava com o direito (**ius**) já se desenhava a estrutura da propriedade.

As sociedades helênicas e itálicas articularam muito cedo este conceito. Cada família possuía os seus deuses, o seu altar doméstico. Cada dia o **pater** reunia a família para propiciar os seus deuses. Mas estes deuses eram particulares, pertencentes a cada família. Eram **dii lares**, ou **penates**. Eram reverenciados no altar doméstico, **lar**. E porque eram particulares, era mister existisse em torno do **lar** (que passou a designar a própria **casa**) uma certa distância, delimitada pela **cerca sagrada**. Esta cerca, que era o marco sagrado dos limites do **culto**, assinalava a concepção ao mesmo tempo religiosa e jurídica da propriedade.

Quando, mais tarde, a religião da Cidade assumiu maiores proporções e o seu culto substituiu o dos deuses domésticos, a propriedade sub-

sistiu arraigada na consciência de todos. E o jurista romano pôde elaborar o seu conceito naquele complexo de faculdades, que se designavam com **ius utendi, fruendi e abutendi**. Não se tratava de três direitos distintos. Não se cogitava de um direito de usar, um direito de fruir, um direito de dispor da coisa. O direito era um só: domínio, que **Van Watter** e **Windscheid** configuraram como plenitude do direito sobre a coisa, e de que aqueles poderes são extrinsecizações e manifestações dessa plenitude.

Dentro da vida romana a propriedade evoluiu. O extremado individualismo do domínio **ex iure quiritium** caminhou para a aceitação de restrições; aceitou-se a distinção entre **dominium directum** e **utile**. Levou-se em consideração a situação da coisa em solo itálico e fora; desenvolveram-se as modalidades de transmissão considerando as **res mancipi** e as **res nec mancipi**. Atentou-se para a nacionalidade do titular. Pelo profundo labor dos pretores distinguiu-se a **propriedade** da **posse**, e pode-se construir a defesa desta pelos interditos, enunciando-se a regra diferencial **nihil communi habet proprietatis cum possessione**.

Mas são todos esses meros aspectos exteriores, que em mil anos de História não atingiram a essência do direito de propriedade.

2ª. FASE — FEUDALISMO

A invasão do Império não trouxe, por si mesma, profunda alteração conceitual. Os germanos, segundo **Lucien Jansse**, e os homens da idade média, estimavam como os antigos **quirites**, o poder do homem sobre as coisas por ele assenhoradas.

Mas, indiretamente, gerou uma concepção dominial nova. O fulcro da propriedade, que assentava na aliança com a religião, assumiu uma conotação diferente, e passou a compor o biênio **propriedade-política**.

Foi que, com a invasão dos bárbaros, campearam a instabilidade e a insegurança. Os indivíduos receavam as violências. E, para obterem tranquilidade, aproximavam-se de quem tinha condições de defendê-las. Ligavam-se a um grande senhor. Transferiam-lhe suas terras em troca de proteção. Juravam servi-lo, recebendo como contra-prestação o **beneficium**. E, pouco a pouco foi-se estendendo uma rede de devotamentos, de assistên-

cia recíproca, de auxílios e alianças, desde o rei que era o primeiro nobre, até o mais humilde servo.

A propriedade imóvel adquire então um significado diferente. Traduz subordinação e vassalagem. E é o símbolo do poder. Dentro de sua terra o nobre é soberano. Cobra tributos. Distribui justiça. Faz guerra. Celebra paz. Não existindo senhor sem terra, nem terra sem senhor, a propriedade que fora outrora um vínculo de apoderamento, transmuda-se no dizer de **Joseph Zaksas** e de **Felicien Challay**, em valor político. Uma escala de valores jurídicos e de valores políticos estende-se do soberano ao súdito. O cultivador de terra não é o seu dono. Trabalha-a sem ter-lhe o domínio. Paga uma contribuição pelo uso e pelo seu rédito. Quando morre o ocupante, a terra é devolvida ao senhor e cessa a vassalagem. A morte não transmite a terra ao herdeiro. O suserano a recebe de volta, e, para que os herdeiros do defunto a readquiram tem de pagar um tributo. Para que sejam de novo imitidos na posse, têm de pagar. Somente a posse traduzia a relação do ocupante com a terra. Mais tarde, no correr dos séculos, simultaneamente na França e na Alemanha uma concepção nova se constitui. Aceitou-se que a posse passaria, diretamente do morto ao seu parente mais próximo. Já não foi mais o ato do senhor que imitiu o servo na posse da terra. Foi a própria morte. E nasceu o conceito da transmissão direta: **le mort saisit le vif son hoir le plus proche**, e com os mesmos efeitos no direito germânico: **Der Tote erbt den Le benden (Westrup, "La Succession Primitive devant l'Histoire Comparative")**.

Em Portugal, foi o Alvará de 9.XI.1754 que realizou a transmissão, e consagrou o **droit de saisine**, que até hoje prevalece em nosso direito positivo (C.C., 1572).

A Escola do Direito Natural, que tão significativa ação exerceu na evolução do pensamento, e em particular o jusnaturalismo católico, não poderia deixar, como não deixou, de enfocar a propriedade, que já fora objeto dos teólogos medievais.

E obviamente, o jusnaturalismo moderno, nas suas duas vertentes, católica e racionalista, como se lhe refere **CASTÁN TOBEÑAS**, cuida da propriedade, cada um no seu ângulo de visão próprio. Os jusnaturalistas católicos seguem os rumos traçados por **SANTO TOMAZ DE AQUINO**, enquanto que os sectários do direito natural racionalista vinculam a propriedade à

liberdade humana, como reflexo da pessoa sobre as coisas. (Don JOSE CAS-TÁN TOBEÑAS, *La Propriedad y sus Problemas Actuales*, pág. 24.

3ª. FASE — O INDIVIDUALISMO LIBERAL DO SÉCULO XVIII ATÉ O SÉCULO XX

A revolução francesa foi um acontecimento de profundo alcance social. Transmudou os valores morais e os valores jurídicos. Aboliu os privilégios da nobiliarquia hereditária. Proclamou os Direitos do Homem e do Cidadão. E, dentre esses direitos, foi consignado o direito de propriedade, no seu artigo 2º: **L'homme possède des droits naturels, imprescriptibles: la liberté, la propriété, la sureté et la resistance à l'oppression.**

O Código Napoleão é a síntese da Revolução Francesa. É, no plano jurídico a sua maior expressão. E Bonaparte, Primeiro Cônsul, como a maior projeção humana do movimento de 1789/93, discute-o diretamente, influi na sua elaboração, impõe as suas convicções.

O século XIX, inspirou-se no individualismo da enciclopédia, e da revolução. Os Códigos que se elaboraram durante ele, receberam ora diretamente, ora indiretamente, a sua influência.

Naquele Código de 1804 predomina em tão alto grau a propriedade que ele foi chamado "o Código da Propriedade". E as relações jurídicas se desenvolveram em torno do direito subjetivo, desenvolvido por **Paul Roubier** em monografia subordinada a esse título: **Le Droit Subjectif**. Em torno da propriedade construiu-se a economia. Ocorreu um certo desprezo pela propriedade móvel — **villis mobilium possessio**. Prestigiou-se a propriedade imóvel. Substituiu-se a nobreza de sangue por uma aristocracia econômica. O homem adquire um valor novo, não pelo que é em si, mas pelo que tem.

E, em face deste deslocamento dos valores, instituiu-se nova trilogia: **propriedade-política-economia**.

Assim entramos no século XX. Outra Revolução, também de profundas penetrações na vida social, deflagra-se, e com ela pretende-se socializar a propriedade. O comunismo de guerra, na União Soviética, aboliu a propriedade privada. Mas a transmutação foi tão grave, que levou à morte maior número de pessoas do que no conflito mundial de 1914/18. Foi pre-

ciso transigir com o regime capitalista, e no período da N.E.P. readmitiram-se as práticas burguesas até que o poder, sentindo-se suficientemente forte, inaugurou a economia planificada, como resumem **René David** et **John N. Hazard** ("Le Droit Soviétique").

Não obstante as fases oscilantes do Direito soviético — especialmente dividido nos três períodos, do Comunismo de Guerra, da NEP, e dos Planos Quinquenais — o regime manifesta suas preferências pela propriedade coletiva, embora não repila de todo a propriedade privada. (cf. ELIACHEVITCH, TAGER et NOLDE, **Traité de Droit Civil et Commercial des Soviets**, vol. I; ARMINJON, NOLDE et WOLFF, **Traité de Droit Comparé**, vol. III, pág. 263; RENÉ DAVID et JOHN N. HAZARD, **Le Droit Soviétique**, vol. II, pág. 5 e segs.; CASTAN TOBEÑAS, *La Propriedad y sus Problemas*, pág. 53).

Vem a Segunda Guerra Mundial, e novas imposições ocorrem no regime dominial. Países extremamente conservadores como a Inglaterra, pendem para um socialismo moderado sob Clement Attlee. Países ultra-individualistas, como a França, sentem a necessidade de promover as nacionalizações, sem contudo abolir o princípio do respeito à propriedade privada.

Contra os exageros individualistas do século passado, duas escolas, posto que ideologicamente adversárias, fazem mão comum no ataque. Cristãos e socialistas assestam contra o direito de propriedade uma série de acusações, combatendo a idéia de que o dono, pelo fato de ser dono, possa explorar a coisa sua em seu proveito exclusivo e com sacrifício do maior número. E surge então uma idéia nova, a princípio um tanto amorfa e imprecisa, da propriedade função social.

4ª. FASE — PROPRIEDADE EMPRESARIAL

Eis que estamos assistindo a um novo desdobramento do direito de propriedade.

A revolução industrial do século passado permitiu a concentração do poder econômico em tão alto grau, que percutiu na noção de propriedade.

A exploração das atividades econômicas, na indústria, no comércio,

e já com repercussão nas outras atividades, exige capitais tão vultosos que não se podem encontrar nas mãos de um só.

Fragmenta-se então a titularidade, que adquire o aspecto de mera propriedade usufrutuária. Ao invés dos bens serem de um só dono, a titularidade dominial pulveriza-se pela dispersão anônima de numerosos donos, o que, do ponto de vista individual, significa que as coisas não são de ninguém. Cada um possui um título, um papel, representativo de um direito incorpóreo sobre uma fração da coisa. Não tendo o poder direto sobre ela, percebe entretanto um rendimento, sob a forma de uma quota parte ou de um dividendo do que ela periodicamente produz.

De tal modo esta fragmentação dominial vai-se processando, que já se vem abandonando mesmo a preocupação de maioria. Já se entende que não é necessário, para controlar a empresa, ter a maioria absoluta do capital. Nos Estados Unidos, conforme o depoimento de **Adolf A. Berle Jr.** e **Gardiner P. Means** ("**A propriedade Privada na Economia Moderna**") grupos que se distribuem estrategicamente exercem o controle da empresa, sem ter a maioria acionária. Também aqui, já em muitos casos, ocorre fenômeno idêntico. Um grupo ou uma pessoa, com cerca de 30% do capital, tem logrado o mesmo objetivo.

Tendo em vista a defesa contra a excessiva tributação, criou-se um tipo de sociedade doméstica, em que um grupo familiar coloca todos os seus bens como capital de uma pessoa jurídica, abdicando da faculdade de ter a propriedade individual sobre cada coisa, que fica na pertinência da pessoa moral, gozando cada um dos componentes das vantagens e benefícios. Desta sorte, a propriedade assume o caráter usufrutuário ou empresarial, como modalidade nova de ser dono.

É uma fase do direito dominial que se inaugura nos nossos dias. Está ainda em fase experimental ou incipiente. Ainda não se tem condições de prever o seu desenvolvimento futuro. Mas já se pode imaginar que constituiu um tipo de propriedade que difere das suas diversas fases anteriores.

A PROPRIEDADE NO BRASIL

Não posso encerrar esta ligeira palestra sem uma palavra sobre a propriedade no nosso País.

Abandonando o regime colonial, real e imperial, focalizo apenas a fase republicana.

A Constituição de 1891 recebeu a propriedade com as características do século XIX: individualista e liberal. E assim a proclamou o art. 72, § 17; e o Código Civil, sem defini-la, assegurou (art. 524) o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e de reivindicá-la de terceiro que injustamente a possuía.

Não cometeu a inadequação do Código Francês de 1804, que assegura ao proprietário o direito de gozar e dispor da coisa da maneira mais absoluta, desde que não faça dela um uso proibido pelas leis e regulamentos, o que levou alguns escritores a apontar a contradição entre um poder que é ao mesmo tempo absoluto e subordinado a restrições legais e regulamentares.

O neo-tomismo, desenvolvido por **JEAN DABIN** (**Philosophie de l'Ordre Juridique Positif**) e o solidarismo (**LEON DUGUIT**), traduzindo o que o espiritualismo cristão e a corrente socialista preconizam, dão-se as mãos, para sustentar o conceito de ser a propriedade uma função social. **RAYMOND MARTIN**, no artigo já citado, explica que, como direito-função, é de se entender que ela tem uma finalidade que vai além da vontade pura do sujeito. Acrescenta: "esta finalidade pode ser de ordem social ou de ordem moral. É a finalidade social que se tem em vista quando se fala de direito-função". E completa: "Ao exercer o seu direito, o sujeito não exterioriza um poder egoísta, preenche uma função social (Le sujet, en exerçant son droit, n'exteriorise pas un pouvoir égoïste, il remplit une fonction sociale" (Revista citada, pág. 57). Este conceito dominial impera em nossas Constituições.

A Constituição de 1946, ao mesmo tempo que atribuiu à propriedade de função social, instituiu a desapropriação por interesse social, em complemento à expropriação por necessidade ou utilidade pública, já tradicional em nosso direito.

Com o tempo verificou-se que o instituto da desapropriação, assegurando ao proprietário justa e prévia indenização **em dinheiro**, não comporta os imperativos de uma reforma agrária em profundidade.

Foi então que se transigiu com a indenização em títulos da dívida pública, sujeitos a correção monetária.

Tal como se reflete na Emenda Constitucional de 1969, a propriedade em nosso direito enfeixa-se nestes princípios capitais. A propriedade é, e continua sendo um direito individual, reconhecendo-se ao titular as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa.

Está contudo sujeita a restrições e limitações, em benefício da coletividade. De um lado, a vida contemporânea multiplica os conflitos de interesses individuais, repercutindo em todos os setores das atividades, como em todas as províncias do direito. Obviamente, tais choques percutem fundamentalmente no direito de propriedade, seja no tocante ao fenômeno aquisitivo, seja no que diz respeito à utilização, seja ainda no que se refere à projeção social do direito sobre a coisa. Depois de salientar que nenhum direito é absoluto, CASTAN TOBEÑAS observa que as limitações à propriedade têm maior importância, por se ligarem a uma função harmonizadora, que dão a este direito “um conteúdo concreto e uma fisionomia diversos em cada momento”. Também aqui, acrescenta ele, assinala-se “excessiva socialização e intervenção estatal” (ob. cit., pág. 99).

Mantém-se a desapropriação por necessidade pública e por interesse social mediante prévia e justa indenização em dinheiro (art. 153, § 22). Mas, em caráter excepcional, permitir-se-á a desapropriação em títulos sujeitos a correção monetária, quando a União pretenda expropriar a propriedade territorial rural, no desenvolvimento de planificação do progresso nacional e realização da justiça social (art. 161).

Tendo em vista que conflitos podem surgir entre o interesse individual e o interesse coletivo, a lei tem de resolvê-los no sentido social.

Neste sentido instituiu-se a proteção ao patrimônio histórico, artístico e paisagístico, inaugurada com a criação do órgão próprio, pelo Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, complementado posteriormente.

A crise habitacional, gerada pela Segunda Guerra Mundial deflagrou entre nós a legislação do inquilinato, que tem passado por numerosas vicissitudes e transformações, polarizadas em torno de dois pontos capitais: o controle dos aluguéis e a fixação do locatário no imóvel locado.

A criação de um ramo novo do direito, que advém do art. 8º, alínea XVII, letra “b”, da Reforma Constitucional de 1967, atribui à União competência para legislar sobre **direito agrário**.

O Estatuto da Terra revela um passo decisivo na evolução jurídica da propriedade, a partir da Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964, propondo um conjunto de medidas que visem à distribuição melhor da terra, com o fato de atender aos princípios da justiça social e aumento da produtividade. Reconhecendo que existem ainda certas técnicas de aproveitamento contrárias a uma só política agrária, pretende esta legislação especializada promover gradativa extinção das formas de ocupação e de exploração da terra que sejam contrárias à sua função social.

O Plano Nacional de Habitação, instituído pela Lei 4.380, de 21 de agosto de 1964, e seguido por outros diplomas, é o ponto de partida para a coordenação dos órgãos públicos e dos recursos financeiros hábeis a uma política nacional de habitação e planejamento territorial. Reconhecem todos que o País padece de um deficit habitacional que orça por milhões de unidades residenciais, e que somente poderá ser coberto mediante a mobilização de recursos em alta escala, que escapam às disponibilidades dos particulares.

A Lei do Condomínio e Incorporações (4.591, de 16 de dezembro de 1964) corrigiu a deformação que a atividade de alguns incorporadores introduzira na realização de edifícios coletivos, e procura defender os adquirentes de unidades contra a especulação desordenada e lesiva da economia popular.

Recentemente a Lei de Aproveitamento do solo urbano (Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979) prossegue no objetivo que o Decreto-lei 58, de 10 de dezembro de 1937 promovera, coordenando as atividades empresariais que tem por objetivo o loteamento e venda de terrenos na periferia das grandes cidades, resguardando os adquirentes das deformações e expurgando as áreas loteadas das falhas que refletem na economia do povo.

Numa síntese apertada, a propriedade sofre restrições nos seus atributos fundamentais ou nas faculdades de usar, fruir e dispor da coisa. Leis de ordem pública atuam em todos os setores. Ora para restringir o uso. Ora para submeter a fruição às imposições das exigências coletivas. Ora

para policiar, disciplinar e até proibir em certos casos a disponibilidade dos próprios bens.

Qual a razão de todas estas transformações?

O homem na sociedade moderna procura realizar o equilíbrio entre o individual e o social. Sempre que ele se acha rompido, intervém a lei, para reforçar o bem comum, e amparar o interesse coletivo.

Qual a idéia-força que inspira essas transformações? Houve um deslocamento do centro dos comandos sociais. O direito moderno elabora os seus princípios, não em torno da denominação das coisas e da predominância da propriedade, porém ao redor da força do trabalho, que passou a ocupar as atenções do legislador e do jurista.