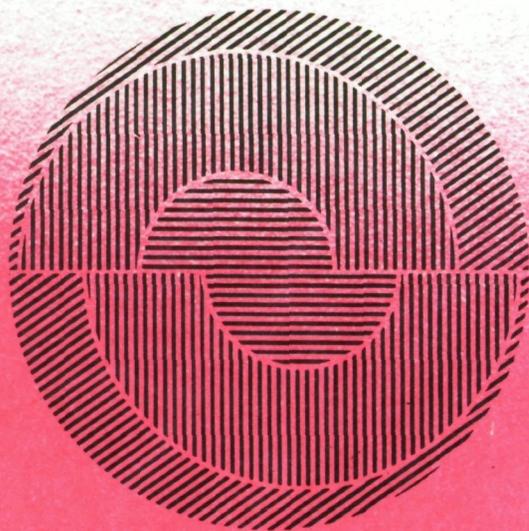


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1992

ANO 29 • NÚMERO 113

Em Defesa da Propriedade

ROBERTO SENISE LISBOA

Professor de Direito Civil das Faculdades
Metropolitanas Unidas — F.M.U.

SUMÁRIO

- I) Aspectos introdutórios.
- II) Aspectos Gerais.
 - 1 — *A propriedade: suas formas históricas de defesa.*
 - 1.1 — *No direito antigo.*
 - 1.2 — *No direito Romano.*
 - 1.3 — *No Direito hodierno e na Revolução Francesa.*
 - 2 — *Formas protetivas atuais no mundo.*
- III) Desenvolvimento do tema.
 - 1 — *As ações romanas e o despontar de uma nova ciência.*
 - 1.1 — *A Revindicação.*
 - 1.2 — *A "actio" negatória.*
 - 1.3 — *Indenizatória.*
 - 2 — *A defesa da propriedade e o Poder Público.*
 - 3 — *A necessidade de harmonização do Direito, em defesa da propriedade.*
- IV) Síntese conclusiva.
- V) Bibliografia.

I) Aspectos introdutórios

Um dos institutos jurídicos que mais sofreu mudanças no decorrer dos tempos — ao lado dos contratos —, foi, indubitavelmente, a propriedade.

Sem embargo, as alterações sofridas pela sociedade — seja do ponto de vista local, nacional ou internacional — foram de tal monta que todos os institutos relacionados com a propriedade tiveram de passar por revisões de conceito, forma, limitação e alcance, quer no seu aspecto intrínseco ou extrínseco.

O próprio Direito, como ciência, não é mais o mesmo que outrora. Negar este fato é o mesmo que dizer que o astro-rei — o Sol —, encoberto pelas nuvens, não existe. O Direito evoluiu e novos ramos surgiram. Novos horizontes foram vislumbrados.

Mesmo a propriedade, estudada no Direito Romano pelo *jus civile*, precisa passar por revisões. Outras áreas, algumas das quais surgidas num passado não muito remoto, meditam a respeito. Neste sentido, o Direito Urbanístico, o Direito Administrativo, o Direito Processual Civil, perscrutando caminhos diversos dos apontados pelos civilistas.

Como se isso não bastasse, é de se assinalar que foi justamente no seio do Direito Civil que a propriedade começou a se transmutar. O Direito Civil de hoje, como direito posto, não acompanhou as mudanças apontadas pela Doutrina. Antigos resquícios ainda permanecem, além de algumas velhas formulações que escapam inteiramente da realidade do mundo hodierno.

Se é verdade que o Direito tem que conceder segurança e visar à pacificação social, não é contraditório afirmar que, para o Bem-Comum ser alcançado, deva o Direito se modernizar, jamais olvidando as lições do passado. Deve, entretanto, ao menos adaptá-las ao presente, formulando novas maneiras de garantir o futuro.

E o futuro, em se tratando de convivência social, é alcançado pelo Direito já no passado daquela, vez que este é demorado a acompanhar os passos do desenvolvimento social. O fenômeno jurídico, como fato social, muitas vezes ocorre quando este mesmo fato deixa de existir, em decorrência de outro que já o substituiu. O surgimento de novas interações sociais conduz, assim, toda a Ciência Jurídica a um verdadeiro estado de anomia.

Se, por um lado, a estrutura cultural exige determinado comportamento, ao revés, dificulta a estrutura social este mesmo comportamento, por uma série infinda de fatores: novidades surgidas em todos os campos jurídicos e em outros ramos do saber humano, produção de subculturas, intranqüilidade social, entre outros. Com isso, a estrutura social investe numa gama de valores e comportamentos que pode até mesmo contrariar a estrutura cultural. Entrementes, sendo aqueles tidos como legítimos pela sociedade, deve a estrutura cultural jurídica buscar a modernização, dentro do possível.

Muitos ramos do Direito pararam no tempo e no espaço. Hoje, vê-se que tais verdades afirmadas neles já não são mais tidas como absolutas. As instituições podem resistir a muitas situações, mas nunca à completa adaptabilidade no tempo, quando os remetentes criadores dela — que são também os destinatários das mesmas (o povo, pelo Estado) — passam a ter como legítimas mudanças não aderidas ainda pela estrutura cultural aqui em estudo — o Direito.

Assim como é a propriedade um instituto que não resistiu às alterações determinadas pela sociedade no decorrer dos tempos, os seus institutos de defesa também sofreram, em grau considerável, metamorfoses que merecem ser melhor apreciadas. Não por ser pior o sistema anterior, mas por não ser harmônico com a nossa realidade.

É proposta do presente estudo demonstrar as formas de defesa da propriedade no decorrer dos tempos. Assim, serão as mesmas analisadas, bem como a maneira pela qual os diversos ramos do Direito tratam da matéria, a fim de se obter, finalmente, as necessárias conclusões.

O civilista moderno deve ser alertado dos problemas graves que existem acerca do exercício da tutela dos direitos da propriedade.

II) Aspectos gerais

1. A propriedade: suas formas históricas de defesa

É de Nicola Stolf a afirmação de que a mais antiga Doutrina pregava como origem da propriedade a comunhão negativa de todos os homens — a existência, pois, de um patrimônio só para todos¹.

Contudo, aos poucos, a propriedade passou a ser exercida não mais de forma coletiva apenas, como primigenamente, mas por famílias — como, inicialmente, em Roma² — e individualmente.

A primeira forma de aquisição da propriedade, como bem salientou Rousseau³, foi a ocupação ou apropriação. Conforme Beviláqua, isto se

1 Nicola Stolf — *Il possesso e la proprietà*, Torino, Unione Tipografica, Editrice Torinese, 1926.

2 Como atesta Fustel de Coulanges, em sua obra clássica, "A Cidade Antiga". Os romanos primitivos tinham, para cada família, sua propriedade e seus deuses respectivos. Estes eram fincados ao solo, dando-se um forte elo entre a noção de propriedade e a de religião.

3 Jean-Jacques Rousseau — *O Contrato Social*, São Paulo, Editora Tecnoprint.

deve à existência de dados biopsíquicos inerentes ao ser humano, nos quais a ocupação de um bem tenderia a satisfazer momentaneamente às suas necessidades. Inicialmente, a apropriação seria precária, cristalizando-se como segura e duradoura num segundo momento. É o que o renomado civilista denomina "instinto de conservação dos bens"⁴.

E foi justamente neste período imemorial de surgimento do que o Direito viria a regular como direito da propriedade que surgiram, ao revés, verdadeiras investidas contra estes mesmos direitos.

Contra estes ataques injustos, em geral o proprietário se utilizava de atitudes autotutelares. A autodefesa era precária e com soluções incertas, pois era a prática do "direito do mais forte", dentro da idéia de "quem ganha, leva". Certo é que a violência por vezes preponderou, bem como exageros daquele que buscava assegurar os seus direitos.

A inexistência da figura do juiz não raras oportunidades levava a uma série de injustiças subseqüentes.

Mas, concorrentemente ao surgimento da sociedade, surgiu o Direito (*ubi societas, ibi jus*). E, com o Direito, a autotutela foi, aos poucos, sendo menos tolerada, cedendo diante da arbitragem facultativa e, posteriormente, da obrigatória, até chegarmos à jurisdição moderna⁵.

Mesmo nas nações mais antigas o Direito existia. A propriedade, desde o surgimento do Direito, passava a fazer parte do mundo jurídico e a ser por ele defendida.

1.1. No Direito antigo⁶

É do Código de Hamurábi a previsão de arrendamento de casas, vérgéis e terrenos de cultura, na forma de propriedade privada. Além disso, existia na Babilônia a permuta de bens entre a família da mulher e o seu marido, quando da formação do lar conjugal.

4 Clóvis Beviláqua — *Direito das Coisas* — 1º volume, Rio de Janeiro, Editora Revista Forense, 4ª edição atualizada, 1956.

Stolf (*op. cit.*) crê que a partir do instante em que o homem se tornou sedentário, surgiu um conceito de propriedade contrária ao Direito Natural, evocado de convenções expressas — como a divisão da coisa comum — ou tácitas.

5 Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco — *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição ampliada e atualizada. Recomendamos a leitura do 1º capítulo — "Sociedade e Tutela Jurídica", pp. 3-11.

6 Para análise do presente tópico, vide Beviláqua, *op. cit.* e Vicente Ráo — *O Direito e a Vida dos Direitos* — Volume I, Tomo I, São Paulo, Editora Resenha Universitária, 1978, pp. 87 e seguintes.

Com o faraó Bocchonis, que adotara a liberdade para contratar⁷, o Egito presenciou a dissolução do instituto da propriedade coletiva. A transferência de bens passou a ocorrer por acordo ou por ato judicial — este, quando da transmissão da posse ao comprador.

O sistema hebraico da propriedade imobiliária era bem mais rígido. As terras pertencentes a uma tribo obrigatoriamente não poderiam passar a outra, salvo quando da ocorrência do Jubileu, quando as mesmas eram redistribuídas.

Mas foi com os malequitas, seguidores de uma seita muçulmana, que a defesa da propriedade começou a ser efetivamente regulamentada e delimitada, através de um instituto bem parecido ao da reivindicação. Esta era admitida, desde que não fossem as terras em questão *possuídas* pelo réu por mais de 10 anos entre ausentes, e 40 entre presentes. Todavia, a rigidez do sistema era tamanha que, se de um lado bastava o mero cultivo da terra para caracterizar a apropriação, por outro lado não havia o usucapião, exceção feita à admissão deste, embora com nome diverso, mas peculiaridades similares, em outras seitas.

Entre os Incas, a proteção da propriedade era tamanha que, para se garantir uma divisão proporcional das terras do povo, o imperador Manco Capac obrigou a revisão anual dos lotes existentes.

1.2. *No Direito Romano*

Muitos dos povos antigos dividiam as propriedades imobiliárias em três partes: as do governante e sua família, as agricultáveis e as do povo. Ora estas duas últimas eram de igual categoria, surgindo uma terceira — as religiosas, ora estas se confundiam com as do povo ou com as do governante e sua família.

Roma não fugiu à regra. Consagrou na propriedade familiar um fundamento de aspecto religioso, ligando os deuses da família à terra na qual a mesma morava. Por outro lado, estabeleceu a propriedade de comunhão agrária, sobre a qual existia, para cada um dos co-proprietários, o direito de gozo, sendo, entretanto, *insuscetível* de alienação. E já nos primeiros tempos, surge a propriedade individual com possibilidade de sofrer transmissão *inter vivos* ou *mortis causa*.

Sob dois ângulos foi vislumbrado o direito de propriedade dos romanos:

a) o Domínio — acentuando-se, assim, o conceito de assenhoreamento sobre a coisa (visão positiva); e da exclusão de terceiros do direito do titular (visão negativa);

7 Com isso, para a transmissão da propriedade tornou-se desnecessário o ritual de juramento do vendedor, que deixou paulatinamente de ser utilizado.

b) a Propriedade — acentuando-se o pertencer o bem a uma pessoa, definindo-se daí o instituto como de *plena in re potestas*⁸.

Com base nestes conceitos, estabeleceu o romano todo o ramo do Direito Civil, hoje conhecido como Direito das Coisas.

Embora à época só se conhecesse, inicialmente, a propriedade quirítária, cujo titular somente poderia ser aquele que se encontrasse com o *status civitatis*, ou, ainda, latino ou peregrino com o direito de comércio⁹, surgem posteriormente as propriedades bonitária, peregrina e provincial — a recebida pelo comprador através de mera tradição; a dos não detentores do direito de comerciar; e a relativa a imóvel localizado em província, respectivamente —, cada qual amparada pelas ações típicas cabíveis, desaparecendo, entretanto, as duas últimas já no período do Direito Clássico.

Para proteção do direito de propriedade que o titular do bem dispunha, Roma criou um sistema de cognição, efetivado diante de um representante do governo — logicamente, o que tivesse tal atribuição —, cuja consequência era a execução, para satisfação dos interesses daquele que sofrera violação ou, ao menos, tentativa de violação de seu direito.

Estamos, pois, diante da execução que, originalmente, era privada, detendo o credor ou o proprietário, a execução pessoal do devedor, quanto àquele, ou ainda, relativamente a este, a execução de reivindicação¹⁰.

O credor podia, neste turno, promover a venda do devedor inadimplente, como escravo, conduzindo-o coercitivamente à feira, por três luas, possibilitando-se, então, o seu ressarcimento, tendo direito inclusive de efetuar sobre a pessoa do obrigado uma autêntica pena de cárcere privado.

O reivindicante, com a sentença declaratória, dispunha do expediente da força para recuperar a propriedade.

Assim, tanto na dívida patrimonial quanto em sede de direito real, a execução dos julgados era privada¹¹.

8 Stolf, *op. cit.* Da visão bilateral do domínio, segundo o autor, a lei mais fiel ao preceito romano foi o Código Civil Tedesco, em seu § 906: "Il proprietario di una cosa può, in quanto non vi si oppongano la legge e i diritti dei terzi, comportarsi a su piacimento rispetto ad essa ed escludere gli altri da ogni ingerenza sulla medesima".

9 José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano* — Vol. I, Rio de Janeiro, Editora Forense, 5ª edição, 1983.

10 Ovidio A. Baptista da Silva, "Reivindicação e sentença condenatória", in *Revista de Direito Processual Civil*, nº 51, pp. 42-74.

11 *Idem.*

Tanto a execução privada na reivindicação como a execução pessoal por dívida eram muito comuns e perfeitamente aceitáveis em Roma. Nada havia de anormal.

Aqui, contudo, deve-se abrir um parêntesis para a análise destes dois institutos.

O Direito Romano fez, basicamente, a divisão aceita como clássica dos direitos em pessoais (relativos a débito e crédito, família e sucessão) e reais (relativos a bens). Em um primeiro instante, houve uma confusão entre débito e crédito, no sentido pecuniário, com o débito e crédito não pecuniário. Até mesmo a obrigação de dar, a que tanto se referiu Paulo em famosas sentenças, é prova disso.

No que diferenciava, portanto, a *actio* da figura da *petitio*?

O conceito da *obligatio* romana indicava uma relação de pessoalidade, ausente estando o elemento patrimonialidade. Havia um sentido de dever, inexistindo aparentemente qualquer aspecto de responsabilidade. Existia, pois, um vínculo jurídico pessoal entre credor e devedor¹².

O próprio Direito Quiritário estabeleceu, pela Lei das XII Tábuas, a existência da relação obrigacional sem algum fito econômico.

No âmbito da *actio*, existia a *condemnatio* pelo motivo de ser esta justamente ligada a uma obrigação preexistente e pessoal — condenava-se a pessoa. Ora ninguém condena uma coisa!

Já na *petitio*, não havia a *condemnatio* pelo motivo supra-aludido. Não pensemos que os romanos eram estúpidos, a ponto de não se aperceberem da impossibilidade de se condenar uma coisa. Ora, se eles consagraram no campo processual a relação titular-bem, está explicado o porquê da não-ação contra aquele que detém ou possui injustamente a coisa. O que o proprietário faz aqui NÃO É AGIR contra alguém, mas SIM PEDIR a restituição da coisa, não importando com quem ela esteja. O vínculo não é pessoal, mas real. Dentro dessa concepção, entendemos ser plenamente harmônico o sistema romano.

A fase de execução era similar em ambos os casos. Na *actio*, condenava-se a pessoa do devedor, que era executada pelo credor. Na *petitio*, era declarada ser a coisa daquele que a pediu, podendo este exercer seu poder sobre a mesma (execução por autotutela). Contudo, nas duas situações, a execução era, na prática, inicialmente privada.

Posteriormente, o Poder Público começou a cooperar na execução privada, através do juiz; e, finalmente, o aparelho estatal foi autorizado a desempenhar tais funções. Foi a autotutela, aos poucos, como salientamos a princípio, menos tolerada e permitida.

12 Idem.

Temos, em síntese, três fases básicas relacionadas à execução, no Direito Romano ¹³:

- a) Execução Privada.
- b) Execução Privada após autorização do juiz.
- c) Execução pelo juiz — a patrimonial pretoriana.

Moreira Alves afirma a existência de três sistemas processuais civis em Roma: *legis actiones, per formulas* e *cognitio extraordinaria*, sendo, respectivamente, utilizados no Direito Pré-Clássico, Clássico e Pós-Clássico, com substituições sem ruptura, ou seja, paulatinas, às vezes até coexistindo mais de um sistema, coincidindo com a execução privada, o arbitramento facultativo e o obrigatório, nas três fases supra-referidas ¹⁴.

A tutela dos direitos subjetivos variava de acordo com as instâncias e o sistema processual.

No sistema de ações legais, cinco eram as mesmas, sendo três declaratórias (*actio sacramenti, iudicis postulatio* e *condictio*) e duas executivas (*manus injectio* e a *pignoris capio*). O desvio mínimo de formalidades aruinava todo o processo.

No processo formulário, ao contrário das ações legais, a condenação era sempre pecuniária. A fórmula, menos formal que o sistema anterior, continha seqüências principais (como a *intentio* certa ou incerta, a *demonstratio*, a *condemnatio* e *adjudicatio* do bem) e acessórias (*praescriptio, exceptio* e *replicatio*), que não eram obrigatoriamente subseqüentes.

As ações, aqui, eram civis ou pretorianas, podendo ser *in rem* ou *in personam* (já vemos alterado, pois, o sistema anteriormente demonstrado, considerando-se as petições de direito real como ações).

No processo extraordinário, procurou-se dirimir questões administrativas sem, pois, o conhecimento pelo juiz.

A execução privada foi, assim, passando às mãos do juiz, nas etapas mais avançadas do Direito Romano (exceção dada ao processo extraordinário, que era mais semelhante ao processo administrativo hoje existente).

Com isso, as ações pessoais e as petições (ações *in rem*) foram se confundindo já no tempo de Justiniano, ocorrendo o fenômeno que Ovídio Baptista da Silva denomina de "personalização do direito real" ¹⁵.

13 *Ibidem*.

14 *Op. cit.*

15 Ovídio Baptista da Silva, *op. cit.*

Discordamos, *data venia*, do processualista aludido, pois não foi a *actio* e nem a *petitio* desnaturada. Elas tinham um paralelismo esquemático, apenas com fórmulas solenes diversas. É que o romano arraizou a relação pessoa-coisa e a relação pessoa-pessoa, do ponto de vista *processual*.

O formalismo era de tal monta, que em virtude dele é que os romanos tipificaram as suas *actiones* e as suas *petitiones*

Ademais, os jurisconsultos desconheciam a divisão, no plano civil, entre direito real e direito pessoal¹⁶. Isto ocorria no plano processual, pois o sistema romano era um sistema de ações, e não de direitos. Como diz Moreira Alves, na famosa *actio in rem* (período formulário), “o réu somente é conhecido no momento em que há violação do direito subjetivo, pois todos têm o dever de abstenção”. Isto sucedia desse modo justamente porque o autor pedia o bem e não agia contra alguém, para condená-lo¹⁷.

É, portanto, altamente coerente o sistema romano, embora fosse um sistema de ações típicas. Como Celso dizia, a cada direito uma ação própria para tutelá-lo deveria ser dada.

Com a distinção estabelecida entre propriedade quirritária, bonitária e peregrina, ações diversas foram dadas como defesa. À primeira a *rei vindicatio*, a *actio negatoria* e as ações relativas ao direito de vizinhança (*cautio damni infecti*, *operis novi denuntiatio*, *quod vi aut clam* e a cognominada *actio aquae pluviae arcendae*).

À segunda, *cognomida* de pretoriana, eram concedidas as seguintes ações em sua defesa: a *actio publiciana* e a *exceptio rei venditae et traditae*.

À última, também chamada propriedade provincial, eram concedidos os interditos e a *rei vindicatio* útil.

Desaparecida a distinção entre estas propriedades, preponderaram as ações pertinentes à primeira — a Quiritária. Sobre elas versaremos no Tópico III deste trabalho.

1.3. No Direito medievo e na Revolução Francesa

Como não poderia deixar de ser, após a fragmentação do Império Romano, o Direito Germânico, entre outros, embeberou-se naquele para estabelecer formas de defesa da propriedade.

16 Moreira Alves, *op. cit.*

17 *Idem.*

Na propriedade comunal, não havia direito de apropriação, evitando-se, desta forma, que a mesma viesse a ser privada e, por conseguinte, transmissível.

O sistema feudal trouxe transformações profundas no conceito de propriedade.

Os senhores feudais surgiram no cenário histórico como independentes, política e economicamente dominadores por anos dos vassalos e de terras.

O economista Robert Heilbroner¹⁸ coloca a propriedade, a que denomina "dominial"¹⁹, como a grande unidade de organização econômica na época, em que pese à relação espoliativa do *lordland* sobre o seu servo, este tinha daquele amparo e segurança, nos limites do feudo. Em troca, o servo exercia um domínio útil sobre a terra, cultivando esta, enquanto o senhor do feudo tinha o domínio eminente ou direto.

Esta diferenciação entre domínio útil e direto — possivelmente inspirada da dicotomia posse direta e posse indireta — veio alterar o conceito de propriedade, e conseqüentemente, os seus mecanismos de defesa.

A terra, todavia, sempre era do senhor feudal. Os benefícios eram dados aos feudos em usufruto, temporário ou vitalício, tornando-se posteriormente perpétuos, indivisíveis e conseqüentemente intransmissíveis.

A Revolução Francesa veio extinguir com o feudalismo. O Código Civil Francês aboliu o fideicomisso, a enfiteuse e todas as formas consideradas na época como resqúcios do regime feudal. Era o chamado direito odioso, que caiu por terra.

A valorização do instituto da propriedade, sobretudo a privada, foi tamanha que, dois dos três livros do Código Napoleônico, em meio a este estado febril de mudanças, a ela se remetiam.

O novo regime francês era baseado em princípios de liberalismo e individualidade.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 17, estabeleceu a propriedade como direito sagrado e inviolável. O caráter individualista dado pelo Código ilimitava os poderes inerentes ao domínio, pelo titular, dando a este o "direito de gozar e dispor das coisas da maneira

18 Robert L. Heilbroner — *A Formação da Sociedade Econômica*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1979, 4ª edição, pp. 47 e seguintes.

19 O domínio não é qualidade exclusiva de certas propriedades. É o maior poder que dispõe o titular sobre o seu bem. Portanto, toda a propriedade tem em si o domínio. Convém salientar que o aludido autor é economista, mas suas passagens históricas pareceram-nos bastante interessantes.

mais absoluta" (art. 514). Desprezou a carga de ônus que sofria, no modelo feudal, aquele que tinha domínio útil.

Napoleão dizia que nada apagaría a perpetuidade de seu Código. Enganou-se. Orlando Gomes, em estudo lapidar, deixou claro que em poucos anos o Código Francês já era ultrapassado, não restando mais que uma carcaça do mesmo, em virtude da inaplicabilidade de muitos de seus artigos. E foi com base nesta legislação que muitos dos códigos ainda hoje vigentes foram elaborados²⁰

Vê-se hoje que a propriedade, como todos os direitos, não é tão absoluta como se apreçoava. Até mesmo os seus caracteres de exclusividade e perpetuidade são relativos.

A propriedade é vislumbrada dentro de um dinamismo, em virtude do progresso da humanidade, numa visão de função social.

2. *Formas protetivas atuais no mundo*

É de Pontes de Miranda a afirmação de ser a parte dos Direitos Reais de nosso Código Civil inspirada no modelo alemão²¹. Justamente desse país temos um exemplo do desenvolvimento com atualização da proteção ao direito da propriedade. Há hoje um "sopesamento dos interesses" entre os campos público e privado.

No plano processual, a defesa da propriedade, na Alemanha Ocidental, não se dá mais somente pela reivindicatória, negatória ou pela indenizatória. Desenvolveu-se uma Teoria do Risco, apurando-se, no campo civil, a responsabilidade de condutores de veículos e de empresas de estradas de ferro.

A grande novidade está na evolução do conceito de Direito de Vizinhança. Busca-se já no Direito Privado, agora, a proteção do meio ambiente, como propriedade que é, sendo complementado tal amparo por normas de Direito Público.

Num passado não muito remoto, os direitos de vizinhança eram sacrificados pelo ofensor à propriedade com base na realização, por meio daquele, de atos costumeiros da localidade. Sob tal pretexto, não havia possibilidade de uma tutela mais efetiva à propriedade.

20 Orlando Gomes — *A Crise do Direito* — Volume 2, Coleção Philadelpho Azevedo, São Paulo, Max Limonad, 1955. Prega o autor, por fim, pela extinção de figuras ainda existentes no Código Civil Brasileiro, tais como: enfiteuse, censo, uso e habitação. Prega a inserção de outras: locação, pacto com reserva de domínio, retrovenda, entre outras.

21 Pontes de Miranda — *Tratado de Direito Privado* — Tomo XIV — Parte Especial, Rio, Editora Borsóí, 1955.

De modo oposto, derribada tal orientação, que levava a uma série de injustiças, em defesa da propriedade os direitos de vizinhança chegaram até o ponto de proteger o meio ambiente²².

Não se pode, contudo, obter tais resultados satisfatórios nos ordenamentos jurídicos de outros países, que precisam de urgentes reformas, por ainda se apegarem a conceitos já ultrapassados que, em parte, podem ser aproveitados, mas sem a devida extensão, como a demonstrada pelo Direito Alemão.

Assim sendo, a grande vedete destes Códigos é ainda a reivindicação, quer de modo explícito ou não.

O Código Civil Chileno estabelece várias regras a respeito. O art. 889, *in verbis*, diz que a reivindicação ou ação de domínio "es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela"...

O diploma civil acima enunciado estabelece o domínio como direito real (art. 891), além de estender, dentro de um conceito civilista antigo, o direito subjetivo de poder recuperar, reivindicar ao titular da propriedade, plena ou nua, fiduciária ou absoluta, a coisa²³. Ora, sabe-se hoje que a propriedade moderna só tem um proprietário ou proprietários em igualdade jurídica.

O Código Civil Brasileiro precisa mais uma vez espelhar-se no modelo alemão, pois já necessita de reformas. Para 1916, era um código assaz moderno (se bem que com alguns passos contrários a uma tendência de modernização na Europa, nesta época²⁴). Entretanto, para o limiar deste século, poderia servir melhor ao seu propósito.

III. *Desenvolvimento do tema*

Após a Revolução Industrial, o mundo passou por sensíveis mudanças. O avanço da ciência e o aumento do índice de expectativa de vida, bem como o crescimento inigualável de invenções e descobertas distanciou por demais o homem do século XIX, em comparação com o do século anterior.

22 Fritz Baur e Wanderlei de Paula, "O desenvolvimento da proteção ao direito de propriedade na República Federal da Alemanha" in *Revista de Direito Civil* nº 27, pp. 141 e seguintes.

23 Sobre o problema: ação material e ação processual, vide o item 1.2 (no Direito Romano).

24 Alguns exemplos: o reconhecimento dos Direitos Intelectuais e da Desapropriação Indireta, ambos reconhecidos por tribunais franceses, na segunda metade do século passado.

Imagine-se, então, a distância do homem do século XX para estes.

Há apenas uma coisa que nenhuma ciência conseguiu alterar, nem poderá: a natureza humana. Daí porque o Direito Natural deva entre a sociedade, por mais moderna que seja, vingar.

Como já dissemos, o conceito de propriedade, em decorrência de alterações no panorama mundial, também mudou. Surgiram novas teorias para explicá-la. Neste passo, a tese da ocupação, de Grócio e Kant; a do trabalho, de Locke; a da lei, de Hobbes, Montesquieu, Bentham e Benjamim Constant; a institucional, entre tantas outras.

O Direito, embora a passos mais lentos, teve também progressos consideráveis.

1. *As ações romanas e o despontar de uma nova ciência*

Foi precisamente na segunda metade do século XIX, em meio às renovações sociais, que um novo ramo do Direito surgiu, concebido do interior do Direito Civil.

O alemão Von Bulow, em 1868, ao escrever sobre as exceções processuais, abriu caminho para esta nova ciência. Surgia, assim, o Direito Processual.

Muitas concepções formalistas sobre o processo foram relegadas. Começou-se a estabelecer distinções entre a relação jurídica civil (sujeito ativo e sujeito passivo) e a relação jurídica processual (juiz e as partes do processo).

Pouco antes, dois romanistas haviam travado um amplo debate acerca da natureza da *actio* romana: Muther e Windscheid.

Bernard Windscheid elidiu qualquer semelhança entre a ação romana e a ação contemporânea, estabelecendo, assim, que àquela corresponderia a expressão pretensão (do alemão *Anspruch*), algo distinto da ação processual e do direito subjetivo.

Diante disso, pergunta Ovídio Baptista da Silva em que consiste a pretensão real. Numa omissão? Numa ação com conteúdo negativo ou positivo? Alertando para a questão da definição de pretensão real como *exigência e não ação*, o jurista chega à conclusão de que este conceito, bem como o de ação de direito material, "acabaram sendo dispensáveis. Não há direito subjetivo antes da violação! Melhor: o direito subjetivo é a situação que a seu titular nasce como consequência da violação da norma"²⁵.

25 Ovídio A. Baptista da Silva, *op. cit.*

Entramos em delicada questão.

Embora a noção de direito subjetivo não se restrinja ao conceito medievo denominado *facultas agendi*, certo é que tampouco se limita a uma situação ou, ainda, que nasce para o seu titular somente quando venha a ocorrer a violação da norma!

Pode-se até considerar que Windscheid, como diz Groppali²⁶, tenha acertado ao estabelecer a vontade como substrato do direito subjetivo, mas se equivocou ao dizer que este é um poder conferido pela ordem jurídica. Este poder, além de ser distinto da norma objetiva, é abstrato, mesmo sendo pelo ordenamento regulado e protegido.

Daf Vicente Ráo conceituá-lo como poder de ação determinado pela vontade²⁷. Não a ação romana, mas a ação material: este parece ser o caminho tomado pelo renomado jurista.

Assim, não há razão para negar a distinção entre ação processual, direito subjetivo e pretensão.

Como salientamos, o sistema romano era de ações, enquanto o moderno é de direitos. Conquanto a nomenclatura romana seja mais aproveitável na prática forense — embora errônea doutrinariamente —, hoje é nota tônica a atipicidade das ações ditas civis, o que nos leva à filiação da natureza abstrata instrumental da ação processual.

Não se confunde, neste raciocínio, o direito com o processo. Assim, qualquer um pode ingressar com uma ação em juízo, mas somente terá sua pretensão satisfeita se realmente tiver o direito. Isto não elide a hipótese daquele que, não tendo o direito material, propõe a demanda, pela ação. A ação existiu, mas a demanda será tida como improcedente. E, se não fossem satisfeitos os “requisitos” processuais para o ingresso da ação, o demandante seria tido como carecedor da mesma, embora dela tivesse se utilizado.

Fica assegurada, neste sentido, a inafastabilidade do poder jurisdicional para apreciar qualquer demanda, nos termos da Constituição²⁸. Deixa-se em aberto a amplitude das ações processuais. Como diz Dinamarco²⁹, as leis civis não tipificam ações, mas criam e delimitam direitos.

26 Vicente Ráo, *op. cit.*, volume II, Tomo I, citando as palavras de A. Groppali em *Sociologia e Direito*, p. 106.

27 *Idem*.

28 “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” — artigo 5º, XXXV, Constituição Federal.

29 Cândido Rangel Dinamarco — *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1966. Considera o autor como única ação processual típica a rescisória, por motivo de política jurídica e segurança dos julgados.

Dirimidos tais questionamentos, cumpre-nos falar das figuras defensivas da propriedade, especificamente.

1.1. A Reivindicação

Muitos vislumbam ser a sede da Reivindicação o art. 524 do Código Civil:

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

Em Direito Civil, está consagrada a Reivindicação, mas não propriamente a ação processual — a “ação” Reivindicatória. O art. 524 concede, em defesa do direito de propriedade, a Reivindicação, como poder de ação da vontade, ou seja, direito subjetivo (que não se confunde com a ação processual ou com a pretensão), que pode ser exigido — pretensão — em juízo, pela ação processual, ou ainda extrajudicialmente.

Fora do mundo do processo? Exato. Exemplos do exercício regular do direito material, são o desforço imediato e o *jus tolendi*.

Assim como o possuidor pode, pelo desforço imediato, reaver o bem de quem injustamente o detenha ou possua — no caso de ter melhor posse —, quanto mais o proprietário. “Quem pode mais, pode menos”.

Ao reaver o bem, dentro do exercício de autotutela — que é aqui resquício tolerável dos mais antigos modelos — o proprietário deverá fazê-lo proporcional, suficiente e imediatamente. Assim, deverá se utilizar de força não mais que necessária no momento ou logo após a turbacão ou esbulho, equivalentemente a este³⁰.

Sobre o *jus tolendi*, trataremos mais adiante.

Temos a reivindicatória, no mundo processual, com a garantia de direitos do reivindicante, no Código Civil.

O modelo brasileiro *estende* a reivindicação a bens móveis, inclusive aos títulos ao portador (art. 521, CC).

O proprietário reivindica o bem por ter perdido o seu *jus possessionis*³¹.

30 Aqui desenvolve-se a idéia de Ihering da “força propulsiva da propriedade”.

31 Marco Aurélio S. Viana — *Tutela da Propriedade Imóvel*, São Paulo, Editora Saraiva, 1982.

Contudo, como lembra com acerto Enneccerus, "é falso o princípio de que a *rei vindicatio* é ainda hoje a pretensão do proprietário não possuidor contra o possuidor não proprietário"³³. O proprietário pode estar na condição de possuidor indireto do bem, tal como se dá na relação locador e locatário.

Em Roma, a *rei vindicatio* existiu desde épocas remotas.

No Direito Clássico, somente o proprietário quiritário podia intentá-la. Foi Justiniano que a estendeu a todo o tipo de propriedade³³, inclusive contra o mero detentor, coisa não antes permitida.

Anteriormente, era tida a Ação Reivindicatória como produtora de sentença declaratória, pois a execução era privada, e sobre o bem. Hoje, o Direito considera que, da propositura de uma demanda com base na reivindicação do imóvel, a sentença a ser pronunciada pelo aparelho jurisdicional, se procedente aquela, será condenatória. Valerá, assim, como título executivo judicial. Veda-se ao máximo a autodefesa e, em contrapartida, garante-se a segurança social, pela estabilidade do julgado. Se a execução privada era algo tolerável em Roma, o mesmo não se concebe dizer hoje.

A Reivindicatória é cabível quando ocorra uma ofensa ao domínio. Pontes de Miranda elenca as possibilidades em 3 categorias:

- a) por ato em que ocorra ofensa ao domínio no *jus possidendi*;
- b) por prejuízo ao exercício da propriedade, em virtude da não entrega do bem;
- c) por vício de registro do direito de propriedade, que dá ensejo ao antigo proprietário de reaver o bem³⁴.

Para o autor, não pode a reivindicação ser suprida, como diz o Conselheiro Lafayette, pelo interdito possessório recuperatório.

Ademais, pode ser proposta juntamente com a demanda com base na reivindicação do imóvel, a declaratória da propriedade, se sobre isto existir alguma dúvida.

A alegação do domínio é a prova suficiente sobre o direito de propriedade do demandante, na reivindicação, sendo o objeto nesta coisa determinada apropriável. Isto exclui, no nosso entender, a possibilidade de reivindicar qualquer bem incorpóreo, pois tudo aqui trata da relação fática física do titular, com o seu bem.

32 Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martins Wolff — *Tratado del Derecho Civil* — III Tomo — Derecho de Cosas I, Barcelona, editado pela BOSCH/Casa Editorial, 1937.

33 Até mesmo porque haviam desaparecido as categorias de propriedade.

34 Pontes de Miranda, *op. cit.*

Dai porque também é impossível a reivindicação de coisas já consumadas, perdidas, transformadas ou cuja posse esteja perdida. Ao tempo cabe verificar o problema.

Se ao autor cabe a prova de domínio, ao réu caberá, dentro do possível, objetá-lo.

Pontes de Miranda cita 4 situações:

1) A alegação do *jus possidendi* — no caso do autor só ter provado a posse, e não a propriedade.

2) Legitimação para possuir — o réu está na posse legítima do bem, não havendo possibilidade de exceção suspensiva do direito.

3) *Exceptio rei venditae et traditae* — discute-se até que ponto o autor pode reivindicar o bem. Se ele somente veio a ser proprietário do mesmo após a propositura da demanda, tem ele possibilidade de nesta reaver o bem que ainda não teve? Parece-nos que sim. Seria objeção do réu a falta de suporte fático do autor no instante em que ingressou em juízo, onde deveria o juiz, de imediato, decretar a carência de ação. Se, todavia, isto não foi feito, mas provada a aquisição posterior do imóvel, temos em consideração que o simples fato de extinguir o processo sem julgamento do mérito no caso em questão seria, ao menos, fútil. Posteriormente este novo proprietário ingressaria com todo o direito, novamente.

Assim, por economia processual, não vemos razão para a procedência desta objeção se bem que, é lógico, deva o juiz analisar caso a caso³⁵.

4) Alegação de direito de posse (*Exceptio Rei Judicatae*) — provando o réu que tem na posse um direito dado pelo autor, por exemplo. É o caso do locatário, do usufrutuário, entre outros.

O art. 1.580, parágrafo único do Código Civil consagra a figura da *vindicatio patrimonii*. Assim, há possibilidade, dentro do conceito de ser o bem corpóreo, de reivindicar: bens de sociedade não personificada, direito patrimonial alienado a adquirente de má-fé, entre outros. Pode ser reivindicada a parte indivisa também.

35 Idem.

A *Exceptio rei venditae*, dizem Paulo Tadeu Haendchen e Rêmolo Letteriello, diz respeito ao fato da entrega do bem ao réu, por título tido como hábil para transferir o domínio. Dai o motivo da discussão analisada no texto. Se o autor é sucessor do réu na filiação do imóvel, parece-nos possível tal intento. Vide, sobre isto, os autores, em *Ação Retvindicatória*, São Paulo, Editora Saraiva, 4ª edição, 1988.

As universalidades de fato são também reivindicáveis. As de direito, não.

Após a prolação da sentença condenatória, tem o autor título judicial para a execução de coisa certa, nos termos ofertados pelos arts. 621 e seguintes do Código de Processo Civil.

Pode o réu ainda oferecer Embargos à Execução. As hipóteses são várias, conforme enuncia Haendchen e Letteriello em sua obra³⁶:

— Retenção de Benfeitorias: cabível ao possuidor de boa-fé, sendo a mesma necessária ou útil. O possuidor de má-fé não pode exercer o direito de retenção, sendo passível somente de receber indenização correspondente às benfeitorias necessárias (art. 517, CC), coisa que nem outrora lhe era proporcionada.

Pelo art. 519 do Código Civil, o reivindicante poderia optar entre o valor da benfeitoria atualizado ou seu custo, algo considerado como injusto por Carvalho Santos, com o que compartilhamos.

— Benfeitorias não existentes na época da evicção — não caberia indenização.

— Benfeitoria existente na época da evicção — caberia a indenização. Relativamente aos frutos, outras são as dúvidas suscitadas, das quais extraímos as seguintes lições:

a) o possuidor de boa-fé pode ficar com todos os frutos colhidos até a citação inicial. Aos posteriormente existentes, responde se deles não der contas ao proprietário.

b) o possuidor de má-fé deve todos os frutos ao proprietário, mesmo os percebidos antes da citação inicial, podendo haver conversão em indenização, quando já utilizados.

O conceito de posse de boa-fé e posse de má-fé é algo um pouco cediço, mas tem gerado bons resultados, embora não por completo, na prática.

Ao invés de receber indenização pela benfeitoria, pode o proprietário, desde que de boa-fé e sem danificar o imóvel, exercer o direito de tolerar (*jus tolerandi*). É o direito de retirar a coisa móvel que se uniu a outra. É direito pessoal, sendo verdadeira pretensão à tolerância oposta. Não pode, contudo, fazê-lo o possuidor de má-fé, por disposição expressa do Código Civil (art. 517), mesmo que as benfeitorias sejam levantáveis e úteis. No Direito Romano, isto era admitido.

O titular do Direito Obrigacional — o possuidor — por ser credor, pode escolher entre cobrar a coisa ou levantá-la, pretendê-la como sua.

36 *Op. cit.*

1.2. A *Actio Negatória*

Há casos em que a propriedade pode ser ofendida, sem que se tire a posse do proprietário.

Nestes, cabe ao mesmo a *Actio Negatória*, na qual ele obtém a declaração do poder jurisdicional de que o ofensor não é proprietário, devendo se abster da prática do ato ou omissão que venha a prejudicar o direito de propriedade do primeiro. Além da declaração, há verdadeira condenação ao réu³⁷.

Trata-se, assim, de pressuposto positivo, cabendo a ação inclusive quando houver temor de ulterior ofensa (ameaça).

Dessa esfera, excluem-se as situações de dever de tolerância do proprietário por lei ou negócio jurídico celebrado. É a limitação ao direito de propriedade.

Deve o autor, portanto, provar o domínio, a ofensa, e que o réu não tem direito algum de lei ou de contrato.

1.3. *Indenizatória*

As ações com base em indenização referem-se unicamente aos casos de violação da propriedade por dolo ou culpa, verificando-se a culpa e a responsabilidade pertinente.

O Código Civil traz inúmeros artigos a respeito: 159, 865, 867, 869, 872, 870, 873, 876, 879, 1.519 e 1.520, entre outros.

Aplicam-se ao possuidor de boa-fé as disposições do art. 514 e, ao de má-fé, as do art. 515. Assim, quanto a este, desnecessária é a verificação de culpa ao dano causado na propriedade. Basta o mero caso fortuito.

Dentro dessa órbita, convém analisar as indenizações devidas no campo dos Direitos de Vizinhança.

Dissemos anteriormente que a legislação alemã evoluiu a passos largos na matéria, cabendo a indenização por ataque ao meio ambiente da propriedade.

Os meios tuteladores dos direitos em pauta, entre os romanos, aplicáveis aos nossos dias, são:

a) *Cautio Damni Infecti* — promessa de reparar dano eventual futuro, contra os riscos da casa do vizinho desabar ou de obras vizinhas.

³⁷ Pontes de Miranda, *op. cit.*

No Direito Pré-Clássico, o processo era o da *legis actio*, havendo cumprimento da promessa de garantia do direito do vizinho pela *actio ex stipulati*.

Havendo a recusa do vizinho em cumprir a promessa, poderia o ameaçado em seu direito de propriedade a *missio in possessionem ex primo et secundo* ou até mesmo a proibição do prosseguimento da obra³⁸.

b) *Operis novi nuntiatio* — obtém-se a paralisação da obra do vizinho que possa vir a prejudicar o direito de propriedade alheio. Corresponderia, hoje, à Nunciação de Obra Nova.

No Direito Romano, havendo a recusa da paralisação da obra ou a prestação de caução, obtinha o autor do pretor a *ex operis novi nuntiatione*, para que demolisse a obra e *arcesse com os prejuízos* do proprietário.

c) *Interdictum quod vi aut clam* — este interdito surgiu na fase da República, em Roma, contra as obras tidas como clandestinas. No Direito Justiniano, era possível ser intentado contra qualquer terreno (o romano, em relação a direitos reais, intentava para pedir coisas, e não agir contra terceiro), no ano em que seguisse à paralisação ou conclusão da obra.

d) *Actio Aquae Pluviae Arcendae* — era ação civil prevista desde as XII Tábuas. Quando se tratasse de propriedade imobiliária rústica, era cabível, a fim de que o vizinho acabasse com a modificação de curso d'água em seu terreno, que prejudicava o terreno alheio.

2. A defesa da propriedade e o Poder Público

O Direito de Propriedade sofreu, com os anos, verdadeira ingerência do Poder Público, que cada vez mais o limitou, tornando-o mais relativo e menos absoluto que antes.

Entre estes males, surge a desapropriação como forma drástica de perda da propriedade para o particular.

É certo que se trata de instituto do Direito Administrativo, mas seus efeitos são muitos sobre a esfera privada.

Com a finalidade de se corrigir desvios e abusos da Administração Pública, deve a nossa legislação urgentemente regular o instituto da Desapropriação Indireta, inexistente no nosso mundo positivo. Ademais, é importante que se dê ao juiz a possibilidade de analisar o mérito da desapropriação — uma verdadeira tutela jurisdicional do instituto³⁹.

38 Moreira Alves, *op. cit.*

39 Por esta tese, Rubens Limongi França, em *Manual Prático da Desapropriação*, São Paulo, Editora Saraiva.

Assim, não apenas o preço da indenização seria discutido, mas também a utilidade ou necessidade pública e o interesse social da desapropriação. Enfim, o mérito da causa.

3. *A necessidade de harmonização do Direito, em defesa da propriedade*

As limitações impostas pela sociedade moderna decorrentes da função social da propriedade — consagrada, entre nós, constitucionalmente —, são necessárias para proteção, em especial, dos direitos difusos, agora tutelados, garantindo-se o bem-comum. Trata-se de rol extenso, cujo intuito é, definitivamente, impedir o inoportuno ou prejudicial exercício, pelo proprietário, de seu direito.

Consagra-se, assim, a proteção do meio ambiente, a defesa do urbanismo, entre outros, além da nova conotação que ganha a matéria do Direito Privado, diante de tal quadro.

A propriedade, contudo, não pode ser desnaturada, sofrendo ingerências do Poder Público de tal monta que, na verdade, o proprietário venha a se tornar mero usuário, provido de parques direitos e massacrado por intervenções do Poder Público, não raras vezes meramente políticas e com fins eleitoreiros, sobre o bem.

Claro que as limitações ao direito de propriedade são providenciais e necessárias. Era algo que se clamava há muito tempo na Doutrina. Todavia, deve o jurista discernir e saber estabelecer a dose adequada de limitação, para que a propriedade, instituto fundamental do direito, possa conceder ao seu titular o direito a que faz jus, sendo defendida nos momentos cabíveis, evitando-se, assim, que ela venha a desaparecer.

IV — *Síntese conclusiva*

1. A defesa da propriedade tem origem imemorial, paralelamente ao surgimento do instituto. A partir do instante em que o homem, por seu senso instintivo, começou a se apropriar de bens — independentemente do cunho comunal, familiar ou privatístico da incidência de poder do titular sobre a coisa — surgiram, como formas de garantia, mecanismos de prevenção e de repressão, cujo fim precípua era justamente prevenir ou reprimir apropriações indevidas e devolver, dentro de um parâmetro de equidade e justiça, a coisa cujo assenhoreamento era de outrem, e não daquele que a possuía ou detinha.

Assim, tivemos num primeiro estágio o amplo exercício da autotutela, que, por levar a situações mais injustas que as anteriores, deu lugar à autocomposição e, posteriormente, à arbitragem facultativa e à obrigatória.

2. Assim como evoluiu o conceito de propriedade em meio a tendências político-filosóficas e, às vezes, até mesmo em virtude de processos históricos de tentativas de ruptura com antigos regimes, também *evoluíram* as formas de defesa da propriedade.

3. O conceito de propriedade não é rígido. Varia no tempo e no espaço, em consequência de regimes políticos e sistemas econômicos adotados pelo Estado e consubstanciados implicitamente em seus ordenamentos jurídicos respectivos. Tais adoções têm reflexos imediatos nos modos de proteção da propriedade.

4. O modo mais drástico de defesa do direito da propriedade é a reivindicação. Adotada inicialmente no direito muçulmano — se bem que possivelmente diverso do que conhecemos —, este instituto foi consagrado em Roma, primeiramente com a propriedade *ex jure quiritum*; posteriormente, a todas as demais.

5. O sistema romano, inspirador da maioria maciça dos que compõem o mundo ocidental hoje, era, em verdade, muito diverso. Aquele era um sistema de ações, baseado na lapidar definição de Celso, transcrita no artigo 76 do Código Civil Brasileiro: “A cada direito corresponde uma ação, que o assegura”. O sistema atual, ao contrário, é de direitos e não de ações.

Isto se deve ao desenvolvimento e autonomia do Direito Processual como ciência do Direito, inserido no universo do Direito Público.

6. Nos tempos primitivos do Direito Romano, a uma relação de direito obrigacional sempre correspondia uma ação — a *actio*. Era, pois, ação referente a uma relação pessoal.

Por outro lado, a uma relação de direito real sempre correspondia uma *vindicatio* que, dirigida pelo pretor, outorgava a oportunidade de, declarado o direito real do autor, este executar de modo privado a retomada do bem.

Contudo, parece-nos conclusivo o fato de que ambos mecanismos — o da *actio* e o da *vindicatio* — embora inicialmente diversos, confundiram-se no direito justinianeu, a ponto de caracteres pertinentes a um deles terem sido absorvidos pelo outro, e vice-versa.

Ademais, importante é notar que, na realidade, havia uma nesga de direito obrigacional no compartimento do direito real, cuja divisão era adotada somente para fins processuais, desde os primeiros tempos. Inexistia ainda, todavia, a noção de substituição pecuniária do bem.

7. Hoje, com a autonomia do Direito Processual, a situação é diversa. O imanentismo existente na teoria das ações tende a findar. E

isto não significa a derrocada do direito subjetivo, como alguns argumentam. De maneira nenhuma. Este subsiste e, agora, em dois campos — entre os demais: no Direito Civil, e naquele ramo que outrora era mero apêndice deste.

Com isso, surge um direito subjetivo material e um processual. O primeiro, dado àquele que tem efetivamente o referido direito; o segundo, dado a quem quiser perseguir em juízo um direito que considera ser seu — embora possa não sê-lo —, movendo a máquina jurisdicional.

Tudo isso decorre da mudança dos tempos. Não há mais como se pensar exatamente do modo pelo qual os romanos pensavam. Até mesmo porque eles alcançavam os fins por rituais; o mundo hoje deve buscar evitá-los ao máximo (exemplo disso, sem dúvidas, é o Juizado Informal de Pequenas Causas).

Assim, hoje, a ação processual difere da material, por ser um direito subjetivo abstrato, enquanto esta é direito subjetivo concreto. A primeira é instituto fundamental do Direito Processual, que deve servir de instrumento para a efetivação do direito, no campo civil, por exemplo.

Daí porque as soluções para defesa da propriedade não estão hoje nas ações processuais em si (como estavam na *vindicatio romana*), mas na satisfação do direito material declarada em sentença, com toda a força estatal. Não quero dizer, então, que toda a ação seja satisfativa, o que satisfaz o indivíduo é o direito material assegurado.

Também são hoje poucas as ações materiais que resolvam os problemas interpessoais. A tutela privada de direitos é restrita à lei, Ordem Pública, Moral e Bons Costumes. A convergência de ações materiais, pela autocomposição, é a melhor saída. Em esta não ocorrendo, o remédio jurídico se obtém através do instrumento denominado processo. Surge, pois, a figura da tutela jurisdicional.

8. Com isto, tem-se em vista que os mecanismos protetivos do direito de propriedade são, no mundo atual, divididos em duas categorias: os extraprocessuais e os processuais.

Extraprocessualmente, a defesa da propriedade pode ser justa ou injusta, legítima ou ilegítima, lícita ou ilícita. Caberá ao ordenamento jurídico pertinente dizer por quais maneiras se exerce a defesa lícita da propriedade. Aqui estamos em campo do Direito Civil tão-somente, fora, é claro, as demais matérias extraprocessuais.

O aspecto da licitude é sobretudo importante, pois está intrinsecamente ligado à validade do ato e do negócio jurídico, enunciada no art. 82 do Código Civil Brasileiro.

Detectamos os seguintes casos concernentes a esta matéria, em defesa da propriedade:

a) Desforço imediato — sendo ele cabível ainda ao mero possuidor, não há porque negá-lo ao proprietário, até mesmo se analisado dentro do raciocínio do art. 524 do diploma civil em vigor.

Seguindo as condições do desforço imediato que são dadas ao possuidor, podemos concluir que aquele, exercido pelo proprietário, deve ser proporcional à ofensa ao seu direito de propriedade, imediato a esta mesma ofensa, e suficiente para que ocorra o efetivo reaver do bem.

Portanto, o desforço imediato deve ser: suficiente e proporcional.

b) *Jus tolendi* de um bem do proprietário aderido à propriedade que é de outrem. O direito em questão não deve ser, entretanto, causador de prejuízos ao bem “maior” — o principal, que é de terceiro.

É muito comum a ocorrência da figura do denominado *jus tolendi* no campo das reivindicações. O possuidor de boa-fé pode levantar as benfeitorias e gastos úteis com a coisa. Ao possuidor de má-fé a nossa legislação, no art. 517, proíbe até mesmo o direito de tolher benfeitorias úteis e volutuárias.

c) Obtenção amigável de indenização pelos prejuízos causados ao bem, com base no art. 159 do Código Civil.

d) Cessaçao de infrações ao direito de vizinhança, de modo amigável.

9. Processualmente, o direito de ação pode ser exercido, não importando se a pessoa é proprietária ou não do imóvel. Contudo, por visar o processo “à vontade da atuação concreta da lei” (Chiovenda), em sendo a pessoa realmente proprietária, poderá vir a ter materialmente, pela força da sentença jurisdicional obtida, o direito pleiteado.

Não obstante, o direito de ação pode processualmente ser exercido na propositura da demanda, com base em:

a) reivindicação de um bem corpóreo — mesmo não sendo proprietário, o indivíduo já teve o seu direito de ação exercido. O que ocorrerá será o pronunciamento de carência de ação, no máximo. Ora, se esta ocorre, é porque não existem os requisitos mínimos preenchidos — impossibilidade jurídica do pedido, ilegitimidade *ad causam* ou falta de interesse de agir;

b) obtenção de sentença declaratória negatória do direito de propriedade de terceiro possuidor direto ou detentor que não seja, portanto, proprietário;

c) obtenção, em juízo, de indenização pelos prejuízos causados à propriedade ou ao direito do que tem o domínio da mesma, a ser paga pelo terceiro possuidor direto ou detentor que não seja, pois, proprietário;

d) obtenção de sentença que vise coibir ou cessar a turbação ou abstenção desta, no campo dos Direitos de Vizinhança.

10. No campo penal, a propositura da ação cabível. Estas, ao contrário do processo civil (exceção feita à ação rescisória), são típicas (*fattispecie*), em virtude do tipo penal ser cerrado, ao contrário do que ocorre no Direito Civil. Entre outras: roubo, furto, apropriação indébita.

11. Além disto, é possível a propositura da demanda com base na demonstração de provas em processo iniciado outrora ou, ainda, como preparação a um processo que será posteriormente instaurado. Não se tratam, pois, de medidas que visem direta ou imediatamente a defesa da propriedade ou do direito do titular sobre a mesma, mas são meios pelos quais a defesa poderia ocorrer efetivamente.

Dentro da ótica da instrumentalidade do processo, seriam um instrumento para outro instrumento de obtenção judicial do direito material. Assim, as medidas cautelares não satisfativas.

Neste campo, insere-se a *cognominada actio ad exhibendum*, cujo processo é instrumento para outro processo, como o que visa a satisfação material do direito de indenização pelos prejuízos ocasionados ao bem ou, mesmo, à reivindicação da coisa.

12. O Direito, como toda a ciência, tem ramos distintos de atuação. Entretanto, tais ramos, embora possam ter diferenças peculiares, jamais poderão ter, entre si, incompatibilidades. Ainda mais, quando lidam com objeto idêntico. Embora possa parecer incompreensível, as diferenças existentes devem ser harmônicas.

Concernente à propriedade, pode-se afirmar que a mesma, estudada como é pelo Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Urbanístico, Direito Constitucional e Direito Penal, pode ser encarada sob ângulos diversos, porém nunca inconciliáveis, sob pena de desgaste e descrédito das próprias instituições jurídicas, bem como de eventual perecimento do bem e posterior advento de mais um conflito social crônico.

13. A ação reivindicatória é hoje remédio eficaz utilizado para o asseglamento do direito de propriedade. Socialmente, evita o caos e busca a paz social; juridicamente, vela pela própria harmonia do sistema vigente.

A sentença emanada do órgão jurídico competente visa a condenação do demandado, a fim de que este devolva o que não lhe pertence, valendo como título executivo.

14. Para garantia da indenização prévia e justa em dinheiro, bem como em defesa da propriedade, a desapropriação, inclusive quanto ao seu mérito, deveria sofrer a incidência de tutela jurisdicional específica.

15. A proteção da propriedade pode ainda evoluir em nosso ordenamento jurídico. A ofensa ao meio ambiente, como ofensa ao direito de vizinhança, é exemplo disto.

V) *Bibliografia*

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. — “Reivindicação e Sentença Condenatória” in *Revista de Direito Processual Civil*, nº 51.

BAUR, Fritz e Wanderley de PAULA — “O desenvolvimento da proteção ao direito de propriedade na República Federal da Alemanha” in *RDCV*, nº 27.

BEVILAQUA, Clóvis — *Direito das Coisas* — 1º volume, Rio de Janeiro, Editora Revista Forense, 4ª edição atualizada, 1956.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO — *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição ampliada e atualizada, 1983.

DINAMARCO, Cândido Rangel — *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP e Martin WOLFF — *Tratado del Derecho Civil* — Derecho de Cosas I, Barcelona, BOSCH/Casa Editorial, 1937.

FRANÇA, Rubens Limongi — *Manual Prático de Desapropriação*, São Paulo, Editora Saraiva.

HAENDCHER, Paulo e Rémolo LETTERIELLO — *Ação Reivindicatória*, São Paulo, Editora Saraiva, 4ª edição, 1988.

HEILBRONER, Robert L. — *A formação da Sociedade Econômica*, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1979, 4ª edição.

MOREIRA ALVES, José Carlos — *Direito Romano* — vol. I, Rio de Janeiro, Editora Forense, 5ª edição, 1983.

PONTES DE MIRANDA — *Tratado de Direito Privado* — Tomo XIV, Rio de Janeiro, Editora Borsóli, 1955.

RAO, Vicente — *O Direito e a Vida dos Direitos* — Vol. I, Tomo II, Vol. II, Tomo I, Editora Resenha Universitária, 1978.

ROUSSEAU, Jean-Jacques — *O Contrato Social*, São Paulo, Editora Tecnoprint.

STOLF, Nicola — *Il possesso e la proprietà*, Torino, Unione Tipografico, Editrice Torinese, 1926.

VIANA, Marco Aurélio S. — *Tutela da Propriedade Imóvel*, São Paulo, Editora Saraiva, 1982.