

O Direito de Propriedade: Caracterização na Concepção de Autores Clássicos e Contemporâneos e Breves Comentários acerca da Função Social.



VIVIAN BACARO NUNES SOARES

Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, de Presidente Prudente - SP, em novembro de 2002, Pós Graduada em Direito do Estado, com ênfase em Direito Constitucional, pela AVEC – Associação Vilhenense de Educação e Cultura, Pós Graduanda em Direito Tributário pela FLG – Rede de Ensino Luis Flávio Gomes, Advogada especializada em Assessoria Jurídica Empresarial, Professora de Direito Empresarial nos Cursos de Direito, Administração e Contabilidade da AVEC – Associação Vilhenense de Educação e Cultura e Advogada Monitora no Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito da AVEC.

O Direito de Propriedade

1. Evolução Histórica

A configuração da Propriedade passa por profundas modificações ao longo de sua evolução histórica, representada pelo entendimento desse instituto nas regras jurídicas do Direito Romano, do Direito Medieval, do Direito Moderno, marcado pelas transformações decorrentes da Revolução Francesa de 1879, e do Direito Contemporâneo, caracterizado por um novo sistema constitucional voltado para a realização da Justiça Social.

Conforme ensina BOBBIO, os direitos do homem são direitos históricos que nascem e se modificam de acordo com as condições históricas e com o contexto social, político e jurídico em que se inserem¹. A Propriedade, como direito do homem, modificou-se e evoluiu com a evolução do próprio homem e da organização social por ele criada, podendo ser considerada como o núcleo de muitas destas etapas de evolução.

BOBBIO, citado por Fernanda de Salles Cavedon², coloca que as teorias sobre a origem da Propriedade dividem-se em dois grupos, que seriam:

“Aqueles que afirmam que a propriedade é um direito natural, ou seja, um direito que nasce no estado de natureza, antes e independentemente do surgimento do Estado, e aquelas que negam o direito de propriedade como direito natural e, portanto sustentam que o direito de propriedade nasce somente como consequência da constituição do estado civil”.

Como favoráveis ao segundo grupo, são apontados Hobbes e Rousseau. Já a teoria da Propriedade como direito natural, teve seu grande expoente em Locke.

1.1 – A propriedade Romana:

Primeiramente, a Propriedade romana é considerada como direito absoluto, por ser oponível *erga omnes*, mas não se configura como um direito ilimitado, pois sofria limitações referentes ao Interesse Público e ao Interesse Privado dos vizinhos. Era um direito exclusivo, já que cada porção de terra poderia ter somente um proprietário; e perpétuo “na medida em que eles não podiam conceber uma propriedade que só tivesse sido adquirida por um dado período de tempo a título provisório, ou condicionalmente”. Destaca que, “os Romanos não transformaram a sua concepção de propriedade em

¹ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1992, pág. 05.

² CAVEDON, Fernanda de Salles. Função Social e Ambiental da Propriedade. Momento Atual, 2003, pág. 07.

dogma paralisante: aceitaram, por exemplo, que se perdesse a propriedade em caso de abandono ou por confisco penal”³.

A concepção de Propriedade no direito Romano, não permaneceu estática, se modificou ao acompanhar a evolução política, social e cultural, que refletiu sobre as normas jurídicas dando-lhes um sentido mais social. CRETELLA JÚNIOR aponta que a Propriedade romana passa por uma evolução que vai da Propriedade caracterizada pela noção individualista até uma concepção marcada pelo caráter social. Destaca que o direito de Propriedade “(...) sofreu inúmeras transformações no longo do período em que vigorou o Direito romano, a partir da antiga concepção, poder ilimitado e soberano, profundamente individualista, até a concepção justinianéia, arejada por um novo e altruísta sentido social”⁴.

1.2 – A propriedade Feudal

A decadência do Império Romano e o avanço da ocupação de seus domínios pelos povos nórdicos, entre os séculos V e IX, Alta Idade Média, produziram severas modificações no direito, diluindo a centralização forçada por Roma, substituída por governos locais.

O feudalismo sucessor deste período caracteriza-se pela forma não exclusiva de propriedade e pela sobreposição de direitos: de um lado, o senhor e de outro, o rendeiro. Mas o regime feudal se estende muito além de mera estruturação do uso da terra, e sua influência permeia toda a organização social e política da época.

Conforme observa Jefferson Carús Guedes:

“O direito de propriedade imobiliário evoluiu para uma complexa pirâmide de “direitos”, superpondo-se os poderes do “senhor feudal” aos direitos dos “servos”. Concebiam-se variadas formas de propriedade: a comunal, a alodial, a beneficiária, a censual e a servil”.⁵

A desagregação do sistema feudal, na Europa no Século XVI, oportunizou a reconstrução do conceito de propriedade, voltado à centralização de um titular que concentra o poder de usar, fruir ou de dispor.

1.3 – Direito Moderno – Revolução Francesa:

O direito moderno tem seu marco histórico ideológico na Revolução Francesa de 1789, que traz modificações no contexto social, político e jurídico, marcado pela concepção individualista, produto da exaltação das liberdades individuais e da mínima intervenção do Estado na organização social. Para BOBBIO, “concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado (...)”⁶.

A propriedade foi um dos núcleos essenciais das reformas trazidas pela Revolução Francesa, sendo profundamente marcada pela ideologia liberal disseminada pela Revolução. Dois traços do regime de propriedade pós-Revolução são marcantes: a extinção do regime feudal e dos encargos sobre a terra e a exaltação da concepção individualista da propriedade.

³ LÉVY, Jean-Philippe, citado por Fernanda de Salles Cavedon, obra citada pág. 12.

⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Romano. 5 ed, Rio de Janeiro: Forense, 1973, pág. 153.

⁵ GUEDES, Jefferson Carús. “Função Social das “propriedades”: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social”, artigo publicado in “Aspectos controvertidos do Novo Código Civil”, RT, 2003, pág. 345.

⁶ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Pág.60.

Erige-se o direito de propriedade como bastião político ladeado pela igualdade e pela liberdade contra a opressão, enquanto manifestações da própria liberdade. Essa concepção individualista do direito de propriedade tem a sua fundamentação nos ideais burgueses marcados pela idéia da prioridade da liberdade individual e sua proteção contra intervenção arbitrária do Estado, que formaram a base ideológica da Revolução Francesa.

Conclui-se que a propriedade é considerada como categoria nuclear do novo contexto jurídico e político da época moderna, que surgiu com a Revolução Francesa, e da Ideologia burguesa de caráter individualista e liberal.

1.4 – Direito Contemporâneo

A época contemporânea é marcada pela revisão da postura não intervencionista do Estado e da concepção individualista da sociedade; também pela contestação da propriedade marcadamente individualista, produto da época moderna.

Esse movimento dá-se, principalmente, a partir da Revolução Industrial e dos movimentos sindicais que passam a requerer a proteção dos direitos sociais, que exigem uma atitude positiva do Estado, no sentido de prover determinadas necessidades básicas dos cidadãos (saúde, trabalho, educação, previdência social) e, também, impor limitações às liberdades da burguesia, inclusive limitando-se a propriedade privada.

Desta forma, se no direito moderno vigorou a idéia de direito de propriedade individualista, o nascimento e positivação dos direitos coletivos e difusos e o processo de publicização da esfera privada, características da época contemporânea, trouxeram modificações no entendimento do direito de propriedade, que passa a ser marcado pelo cunho social.

A evolução dos direitos no sentido de uma maior consideração de seu aspecto social culmina com a constituição de Weimar de 1919, que representa o grande marco histórico do direito contemporâneo. Esta constituição inaugura uma nova fase, caracterizada pelo sistema constitucional, que influenciará a organização política e jurídica na época contemporânea, e que afetará profundamente o direito de propriedade.

“A configuração do Estado Contemporâneo, voltado para a proteção dos direitos sociais e o caráter marcadamente social da constituição de Weimar influenciaram grande parte das constituições dos Estados contemporâneos, que incorporaram a noção de Propriedade vinculada a uma Função social. Dentre os países que explicitaram em seus textos constitucionais a Função Social da Propriedade cita-se, a título de exemplo, Brasil, Itália, Espanha, Bolívia, Venezuela, Honduras, Paraguai, El Salvador e, Panamá”.⁷

Imprescindível a remissão aos autores clássicos, cujas construções teóricas sobre o tema influenciaram decisivamente o entendimento da propriedade, bem como o destaque a alguns aspectos da teoria social contemporânea referente à temática empresarial e que tem influência sobre as discussões inerentes à propriedade.

⁷CAVEDON, Fernanda de Salles. Obra citada pág. 26

2. Caracterização da Propriedade na Concepção de Autores Clássicos e Contemporâneos

Tanto pela influência de suas construções teóricas na evolução do pensamento humano e dos ordenamentos jurídicos, como por representarem as principais correntes teóricas sobre o instituto da propriedade, é imprescindível a caracterização da propriedade na concepção de autores clássicos como Aristóteles, Hobbes, Locke, Rousseau, Tomas More e Leon Duguit.

2.1 ARISTÓTELES

Aristóteles em sua obra “Política”⁸, já em 322 a.C, tratava de questões relevantes para a Ciência Jurídica, extremamente relevantes ao contexto atual, como a Propriedade Privada vinculada a uma destinação social.

A supremacia do Interesse Público sobre os Interesses Privados e o Bem Comum é um traço marcante na *Política* de Aristóteles, pois entende que “na ordem da natureza, o Estado se coloca antes da família e antes de cada indivíduo, pois que o todo deve, forçosamente, ser colocado antes da parte”⁹. Tem o Bem Comum como o fim do Estado e da Sociedade, que deve ser garantido pela Constituição.

Para Aristóteles a Propriedade “é um instrumento essencial à vida”¹⁰, cuja caracterização compreende dois aspectos: o indivíduo e a sociedade comum. Desta forma, aponta que a “Propriedade é uma palavra que deve ser compreendida como parte: a parte não se inclui apenas no todo, mas pertence ainda, de um modo absoluto, a qualquer coisa além de si própria”¹¹.

Aristóteles considera a propriedade como condição essencial ao cidadão ao afirmar que “as propriedades devem pertencer aos cidadãos”¹². No que pertine à propriedade privada, no entendimento de Aristóteles, esta vai além dos interesses privados dos proprietários, prevê também a utilização da propriedade privada tendo em vista o interesse comum.

“Entende-se que, através deste entendimento, Aristóteles introduzia a noção de Propriedade vinculada ao cumprimento de uma Função Social, principalmente ao colocar que “(...) tendo cada cidadão a sua propriedade particular, a põe em parte ao serviço dos amigos, e dela se serve em parte como de um bem comum”. A propriedade é privada, sendo o seu uso comum, pois “(...) pensamos que a propriedade não deve ser comum, como o pretendem alguns escritores; que, finalmente, não é preciso que os cidadãos se privem dos seus meios de subsistência”¹³.

Conclui-se que, no entendimento de Aristóteles, a propriedade reúne as características da propriedade privada e da comum, ou seja, o domínio é privado, mas o uso que dela se faz deve dar-se como se fosse comum. Portanto, a propriedade privada para Aristóteles tem uma destinação comum, devendo ajustar-se aos interesses da comunidade. É traço marcante da concepção de Justiça de Aristóteles a noção de meio-termo, ou seja, o justo é considerado como meio termo entre o público e o privado.

⁸ ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. 15º ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações, 1988, pág. 187.

⁹ ARISTÓTELES. *A Política*, pág. 13

¹⁰ ARISTÓTELES. *A Política*, pág.14

¹¹ ARISTÓTELES. *A Política*, pág.15

¹² ARISTÓTELES. *A Política*, pág. 85

¹³ CAVEDON, Fernanda de Salles. Obra citada pág. 32

2.2. HOBBS

Hobbes em sua obra *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*¹⁴, descreve uma distinção entre o Estado de natureza, no qual, sem leis e sem governo, os homens vivem em completa liberdade, numa constante luta de todos contra todos; e o Estado Civil, criado a partir de um pacto no qual os homens abrem mão de sua liberdade absoluta em nome de um poder soberano, visando a extinção dos conflitos.

Para Hobbes, “durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquelas condições a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens”¹⁵.

HOBBS conclui pela impossibilidade de existência da propriedade no estado natural, onde todos têm direitos sobre todas as coisas. Entende que a propriedade é uma prerrogativa concedida pelo poder soberano, através das leis civis, a partir da instituição do Estado, conforme esclarece que “visto, portanto, que a introdução da *propriedade* é um efeito do *Estado*, que nada pode fazer a não ser por intermédio da pessoa que o representa, ela só pode ser um ato do soberano, e consiste em leis que só podem ser fitas por quem tiver o poder soberano”¹⁶.

A propriedade e as regras de justiça se originam da renúncia aos direitos e liberdades inerentes ao estado de natureza, em nome de um poder soberano e conseqüente instituição do Estado; estabelece uma relação entre propriedade e justiça, buscando justificar a instituição do poder soberano como condição de sua existência, a partir do entendimento da justiça como “a vontade constante de dar a cada um o que é seu”¹⁷. Desta forma, expõe que:

“Onde não há o *seu*, isto é, não há propriedade, não pode haver injustiça. E onde não foi estabelecido um poder coercitivo, isto é, onde não há Estado, não há propriedade, pois todos os homens têm direito a todas as coisas. Portanto, onde não há Estado nada pode ser injusto. De modo que a natureza da justiça consiste no cumprimento dos pactos válidos, mas a validade dos pactos só começa com a instituição de um poder civil suficiente para obrigar os homens a cumpri-los, e é também só aí que começa a haver propriedade”¹⁸

A propriedade para HOBBS, “é a constituição do *meu*, do *teu* e do *seu*”¹⁹, que constitui como uma prerrogativa do poder soberano, tendo em vista que:

“Pertence à soberania todo o poder de prescrever as regras através das quais todo homem pode saber quais os bens de que pode gozar, e quais as ações que pode praticar, sem ser molestados por qualquer de seus concidadãos: é a isto que os homens chamam *propriedade*. Porque antes da constituição do poder soberano (conforme já foi mostrado) todos os homens tinham direito a todas as coisas, o que necessariamente provocava a guerra.

¹⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2 ed. São Paulo: Abril Cultura, 1979, pág. 419 (Coleção Os Pensadores).

¹⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, pág. 75.

¹⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, pág. 151.

¹⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, pág. 86.

¹⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, pág. 86.

¹⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, pág. 150

Portanto esta propriedade, dado que é necessária à paz e depende do poder soberano, é um ato desse poder, tendo em vista a paz pública”²⁰

No âmbito do Estado, a propriedade, para que possa manter-se, deve adequar-se aos fins deste. O direito de propriedade concedido aos homens no Estado exclui sobre a mesma o direito de outros homens, mas não o direito do Estado de limitá-la no seu interesse.

Assim, considera-se que a propriedade, para HOBBS, é fruto da criação do Estado e não um direito natural, inerente ao estado de natureza. A propriedade é uma prerrogativa concedida pelo poder soberano aos súditos através das leis civis estando, portanto, sujeita às limitações que o soberano entender necessárias para a consecução dos fins do Estado e, conseqüentemente do Bem Comum.

2.3. LOCKE

Locke defende como direitos naturais do homem, inerentes à sua própria condição e independentemente do poder soberano, a Liberdade e a Propriedade. Em sua obra *Segundo Tratado sobre o governo*²¹, sustenta que o Estado tem origem em um contrato realizado entre os homens, através do qual deixariam de viver em seu estado natural, passando ao Estado Social tendo em vista, principalmente, a preservação da propriedade.

Considera o Poder Político como “o direito de fazer leis com pena de morte e, conseqüentemente, todas as penalidades menores para regular e preservar a propriedade, e de empregar a força da comunidade na execução de tais leis e na defesa da comunidade de dano exterior, e tudo isso tão-só em prol do bem público”²².

Para HOBBS, os direitos, como a propriedade, surgem como conseqüência do Estado, enquanto que para LOCKE estes direitos são inerentes ao homem no estado de natureza, e o Estado civil apenas é instituído com a intenção de protegê-los.

“Entende-se que LOCKE era defensor de um Estado Democrático e que o contrato social, do qual este resultava, tinha como objetivo a garantia dos direitos individuais inerentes ao estado de natureza, dentre estes a Propriedade, enquanto HOBBS visava ao Estado absoluto, com o objetivo de restringir os direitos individuais, que seriam transferidos ao poder soberano, como meio de garantir a conservação e a paz social, entendendo a Propriedade como uma criação do Estado”²³.

À idéia de propriedade privada estava associada a utilização e exploração da terra através do trabalho, sendo este o elemento configurador da propriedade, pois “a extensão de terra que um homem lavra, planta, melhora, cultiva, cujos produtos usa, constitui a sua propriedade. Pelo trabalho, por assim dizer, separa-a do comum”²⁴

Portanto, a propriedade para LOCKE é limitada no interesse de terceiros, visto que não se poderia apropriar de extensão maior de terra do que se pudesse utilizar e que fornecesse o necessário à subsistência.

²⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, pág. 110.

²¹ LOCKE, John. *Carta Acerca da Tolerância; Segundo Tratado sobre Governo; Ensaio Acerca do Entendimento Humano*, pág. 344.

²² LOCKE, John. *Carta Acerca da Tolerância; Segundo Tratado sobre Governo; Ensaio Acerca do Entendimento Humano*, pág. 34.

²³ CAVEDON, Fernanda de Salles. *Obra citada* pág. 39.

²⁴ LOCKE, John. *Carta Acerca da Tolerância; Segundo Tratado sobre Governo; Ensaio Acerca do Entendimento Humano*, pág. 47.

Entende-se que a propriedade, considerada como um direito inerente ao estado de natureza, seria também limitado no interesse do Estado, que requer a restrição das liberdades individuais para a preservação da convivência harmônica em sociedade; há uma “troca” das liberdades inerentes ao estado de natureza pelas vantagens da vida em sociedade, regida pelas leis do Estado, conforme se depreende da seguinte passagem:

“(…) encontrando-se agora em novo estado, no qual poderá gozar de muitas vantagens resultantes do trabalho, auxílio e sociedade de terceiros na mesma comunidade, tanto como proteção contra a força total dela, terá de renunciar igualmente a grande parte da liberdade natural de prover a si mesmo conforme o exigirem o bem, a prosperidade e a segurança da sociedade, o que é não só necessário mas justo, desde que os outros membros da sociedade assim também fazem²⁵.

É absoluta, ilimitada e exclusiva a propriedade fixada através de leis do Estado, de tal forma que o poder soberano não dispõe de capacidade para nela intervir, contra o interesse de seu titular. LOCKE expõe esta posição ao afirmar que “(…) o poder supremo não pode tirar a qualquer homem parte da sua propriedade sem consentimento dele (…)”²⁶.

Para LOCKE, a verdadeira essência da propriedade consiste em ser um direito natural, de cunho individual, indispensável ao homem enquanto membro da sociedade, instituída pelo Estado, pois é anterior ao próprio surgimento do Estado, é uma prerrogativa do homem já no estado de natureza.

2.4. ROUSSEAU

Rousseau exprime seu pensamento acerca da propriedade em duas obras principais, quais sejam: *Do Contrato Social* e *Discurso sobre a Origem e os fundamentos da Desigualdade entre os Homens*²⁷.

Em sua obra: do Contrato Social, ROUSSEAU expõe sua teoria sobre a criação do Estado através de um contrato social entre os homens que, no intuito de criar um poder maior, o poder soberano, e viverem em sociedade, abrem mão de sua liberdade ilimitada, unindo-se em torno de um interesse comum.

“O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural de um direito ilimitado a tudo quanto aventura e pode alcançar. O que com ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui. A fim de não fazer um julgamento errado dessas compensações, impõe-se distinguir entre a liberdade natural, que só conhece limites nas forças do indivíduo, e a liberdade que se limita pela vontade geral, e, mais, distinguir a posse, que não é senão o efeito da força ou o direito do primeiro ocupante, da propriedade, que só pode fundar-se num título positivo”²⁸.

ROUSSEAU partilha do entendimento de HOBBS de que a propriedade só tem origem a partir da instituição do Estado e, como LOCKE, tem o trabalho realizado pelo homem sobre a terra como elemento caracterizador da propriedade.

²⁵ LOCKE, John. Carta Acerca da Tolerância; Segundo Tratado sobre Governo; Ensaio Acerca do Entendimento Humano, pág. 83.

²⁶ LOCKE, John. Carta Acerca da Tolerância; Segundo Tratado sobre Governo; Ensaio Acerca do entendimento Humano, pág. 89.

²⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social; Ensaio Sobre a Origem das Línguas; Discurso Sobre as Ciências e as Artes; Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973. 440 p. (Os Pensadores).

²⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. pp 42-43.

No entendimento de ROUSSEAU, o Estado tem como finalidade o Bem Comum, pois visa conciliar os interesses conflitantes do estado de natureza em um único interesse partilhado por todos, o interesse comum, desta forma, as ações do Estado devem ser guiadas pela satisfação deste interesse comum, limitando-se os direitos individuais se for necessário.

Esta noção estende-se ao direito de propriedade, adquirido através desta organização dos homens em torno de um interesse comum, que assume a forma de Estado, o direito de propriedade, como prerrogativa do Estado, subordina-se ao Bem Comum e ao direito inicial da comunidade sobre todos os bens, pois “de qualquer forma que se realize tal aquisição,, o direito que cada particular tem sobre seus próprios bens está sempre subordinado ao direito que a comunidade tem sobre todos, sem o que não teria solidez o liame social, nem força verdadeira o exercício da soberania”²⁹.

Entende-se que com base nesta concepção, ROSSEAU previa uma forma embrionária de Função Social da Propriedade, visto que subordina o direito individual do proprietário aos direitos da coletividade.

ROSSEAU, em sua obra *Discurso Sobre a Origem e Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*, traça críticas à propriedade privada, apontando-a com a primeira causa e instrumento que legitima a desigualdade; aponta a propriedade como a origem da sociedade civil e das primeiras regras de justiça.

2.5. THOMAS MORE

Thomas More, constrói uma ficção que tem por base a Ilha de Utopia, um Estado ideal de organização perfeita, em que prevalece a igualdade e a justiça.

Assim, *A Utopia*³⁰, de Thomas More, representa uma crítica veemente à propriedade privada e aos males dela derivados. Demonstrando sua concepção quanto à propriedade privada, Thomas More assim se expressa através de seu personagem Raphael Hitlodeu:

“Em toda a parte onde a propriedade for um direito individual onde todas as coisas se medirem pelo dinheiro, não se poderá jamais organizar nem a justiça nem a prosperidade social, a menos que denomineis justa a sociedade em que o que há de melhor é a partilha dos piores, e que considereis perfeitamente feliz o Estado no qual a fortuna pública é a presa dum punhado de indivíduos insaciáveis de prazeres, enquanto a massa é devedora pela miséria”³¹.

MORE aponta a propriedade, enquanto direito privado, como uma instituição contrária à justiça e causadora dos males do Estado; prevê como solução para restabelecer a igualdade e a justiça, a abolição da propriedade e a comunidade dos bens. Assim, dispõe que “(...) o único meio de distribuir os bens com igualdade e justiça e de fazer a felicidade do gênero humano, é a abolição da propriedade. Enquanto o direito de propriedade for fundamento do edifício social, a classe mais numerosa e mais estimável não terá por quinhão senão miséria, tormentos e desesperos”³².

²⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. pp 45.

³⁰ MORE, Thomas. *A Utopia*. Trad. Luís de Andrade. Bauru: Edipro, 1994. 159 p. (Série Clássicos), apud CAVEDON, Fernanda de Salles. Obra citada pág. 46.

³¹ MORE, Thomas. *A Utopia*. P. 52, apud CAVEDON, Fernanda de Salles. Obra citada pág. 47.

³² MORE, Thomas. *A Utopia*. P. 53, apud CAVEDON, Fernanda de Salles. Obra citada pág. 47.

Com fundamento nesta concepção é que MORE, ao construir a ilha da Utopia, estabelece como regime de disposição de bens o uso comum, que pretendia ser um Estado ideal. Assim MORE afirma ser a propriedade a grande causadora dos males do Estado, como consequência, prega a abolição da propriedade privada e a comunidade dos bens.

2.6. LEÓN DUGUIT

DUGUIT modificou definitivamente o entendimento da propriedade ao considerá-la não um direito subjetivo de caráter individual, mas uma Função Social. Em sua obra *Lãs Transformaciones del Derecho – Publico y Privado*³³ procura demonstrar que o sistema jurídico de cunho individualista, baseado no direito subjetivo, não é o mais adequado para regular as situações sociais de cunho coletivo ao lado de necessidades individuais.

“Para DUGUIT, os direitos subjetivos de caráter individualista, são noções de ordem puramente metafísica, por basearem-se unicamente na vontade e na hierarquia de vontades, entendendo que não existem direitos subjetivos, mas sim funções Sociais. Aponta a ocorrência de uma transição do paradigma individualista e metafísico do Direito Moderno para um novo paradigma, mais realista, embasado na noção de funções que o indivíduo deve desempenhar enquanto membro da sociedade”³⁴.

Como bem expõe Fernanda de Salles Cavedon, ao comentar a citada obra de DUGUIT, “a Propriedade é marcada por dupla função: satisfazer às necessidades particulares de seu possuidor e às necessidades sociais da coletividade”³⁵.

O que DUGUIT pretende, não é um retorno às formas coletivistas ou a implantação de qualquer forma de socialismo, mas a conciliação da satisfação dos interesses individuais do proprietário com os interesses da coletividade, razão pela qual a condição de proprietário é caracterizada como um poder-dever, ou seja, o poder de fazer uso de seus bens e riquezas conforme seus interesses e necessidades, e o dever de adequar tal uso aos interesses e necessidades da sociedade na qual está inserido.

É possível descrever a essência de propriedade à partir das contribuições dos autores clássicos mencionados. Para ARISTÓTELES, a propriedade é uma síntese da propriedade privada e da propriedade comum, o meio termo entre o público e o privado. HOBBS entende que a propriedade é um produto do Estado que pode ser limitada pelo poder soberano no interesse do Estado. LOCKE, concebe a propriedade como um direito natural, que não é passível de intervenções e limitações por parte do governo. Para ROUSSEAU, a propriedade só passa a existir no âmbito do Estado, mas deve adequar-se ao Bem Comum; é também a causa de desigualdade entre os homens. MORE, prega a abolição da propriedade privada por ser contrária à igualdade e à justiça, e o regime de uso comum dos bens. DUGUIT foi, certamente, quem influenciou, definitivamente, a formação da concepção contemporânea de propriedade, afirmando que a propriedade não é um direito subjetivo, mas uma função social; o proprietário não tem um direito, mas um poder-dever.

³³ DUGUIT, Leon. *Lãs Transformaciones Del Derecho – Publico y Privado*. Trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaés. Buenos Aires: Editorial Heliasta, s/d. 268p. apud CAVEDON, Fernanda de Salles. Obra citada pág. 48.

³⁴ CAVEDON, Fernanda de Salles. Obra citada pág. 49.

³⁵ CAVEDON, Fernanda de Salles. Obra citada pág. 50.

3. A Propriedade no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A partir da análise da propriedade no Ordenamento Jurídico Brasileiro, importa a configuração atual deste instituto no âmbito do Direito positivo nacional, bem como determinar o significado, conteúdo e extensão da Função Social da Propriedade, elemento caracterizador deste instituto no direito Contemporâneo.

Na Carta Imperial de 1824 e na Carta Republicana de 1891, vigia, ainda, um conceito individualista de propriedade, compatível com o período histórico de suas edições, garantindo o “direito de propriedade em toda sua plenitude”, só excepcionado pela desapropriação. Com a edição da Constituição de 1934 foi introduzida a garantia de que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo.

A constituição de 1946, com o fim do Estado Novo de Vargas, é minuciosa na definição de função social ao ressaltar no art. 147 que: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.

A partir da Constituição de 1967, que o termo Função social da Propriedade passa a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro como princípio da ordem econômica.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de contemplar a Função social da propriedade como princípio geral da atividade econômica (artigo 170, III), inseriu também este princípio no capítulo relativo aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, no inciso posterior ao que garante o direito de propriedade (artigo 5, incisos XXII e XXIII). Define ainda, o conteúdo função social no que se refere à propriedade urbana (art.182, §2) e à propriedade rural (artigo 186).

A propriedade, no âmbito do Texto Constitucional, é trabalhada em duas acepções: como direito fundamental e como elemento da ordem econômica. No artigo 5º, que traz o rol dos direitos fundamentais do cidadão e da coletividade, a Constituição ao mesmo tempo em que garante o direito de propriedade, atribui a este uma função social.

Merece proteção constitucional apenas a propriedade que efetivamente cumprir sua função social, esta constitui elemento integrante do conteúdo do direito de propriedade, desta forma, o exercício deste direito deve ser direcionado a fim de compatibilizá-lo com a utilidade social.

“O direito de propriedade assegurado pela Constituição Brasileira estabelece uma relação da propriedade com a sociedade (art. 5º, XXIII e art. 170, III e VI, ambos da CF/1988). A propriedade não fica constando simplesmente como um direito e uma garantia individual. Dessa forma, se vê com clareza, que inexiste juridicamente apoio para a propriedade que agrida a sociedade, que fira os direitos dos outros cidadãos”³⁶.

³⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental Brasileiro. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 139. apud CAVEDON, Fernanda de Salles. Obra citada pág.66.

A previsão constitucional acerca da propriedade não se restringe ao âmbito dos Direitos Fundamentais, integra, também a ordem econômica (art. 170, CF). Função social passa a incluir-se no próprio conteúdo do direito de propriedade, de tal forma que, no desenvolvimento de atividades econômicas, a propriedade deverá além de atender às necessidades particulares do proprietário, harmonizar-se aos interesses da sociedade.

O instituto da propriedade encontra previsão também no direito civil, até 2003, a propriedade era entendida a partir de uma concepção individualista, típica dos ideários trazidos pela Revolução Francesa, o Novo Código Civil trouxe inovações ao esboçar a idéia de Função Social, buscando adequar este instituto aos preceitos constitucionais.

O Código Civil brasileiro de 1916 adotou a concepção individualista de propriedade, o que implica em dizer que o poder do proprietário sobre a coisa era exclusivo, ilimitado e absoluto, assim dispõe o art. 524 que “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente o possua”, complementando com o art. 527 que “o domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário”³⁷.

O CC/1916 previa algumas limitações ao uso da propriedade no tocante à proteção dos direitos dos vizinhos e ao cumprimento de regulamentos administrativos, entretanto, não previa limites que visassem à proteção dos direitos coletivos. O Novo Código Civil manteve as limitações referentes aos direitos de vizinhança e, não fez menção expressa à função social da propriedade.

Brilhantemente expõe RABAHIE que:

“Hoje, é imperioso que, antes de mais nada, acatemos a necessária predominância de nossas normas constitucionais sobre o regramento infraconstitucional. É necessário que interpretemos as disposições do Código civil, lembrando-nos, sempre, que anteriores e superiores à lei ordinária (Código civil) são os prescritivos constitucionais”³⁸.

Face ao caráter individualista das disposições civilistas, no que se refere à propriedade, o Código Civil Brasileiro não poderá ser interpretado isoladamente no tratamento da propriedade, é necessário que prevaleçam as orientações constitucionais, pois a constituição é hierarquicamente superior às demais normas infraconstitucionais, orientando todo o Ordenamento Jurídico Brasileiro.

4. A Função Social da Propriedade

Tendo em vista a evolução da sociedade e conseqüentemente dos dispositivos legais que a regem, as normas que disciplinam a propriedade também passaram por uma releitura, adquirindo uma função social, o que determina que o proprietário tem um dever para com toda a sociedade de usar a propriedade de forma a lhe dar melhor destinação sob o ponto de vista dos interesses coletivos.

A condição de proprietário acarreta não apenas direitos sobre o bem e em relação a terceiros, mas também deveres para com a satisfação dos interesses e necessidades da sociedade.

Como bem observa Fábio Konder Comparato, parte da doutrina entende que com a:

³⁷ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil.

³⁸ RABAHIE, Marina Mariani de Macedo. Função Social da Propriedade p. 22, apud CAVEDON, Fernanda de Salles. Obra citada pág.81.

“função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são negativas ao direito do proprietário. Mas a noção da função, no sentido em que é empregado o termo nessa matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo do próprio *dominus*, o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica”³⁹.

A propriedade, instituto do direito privado por excelência, adquire conotação social e incorpora a idéia de função social, típica do direito público; visa-se conciliar interesse individual e social, ao mesmo tempo em que garante a propriedade privada e a obtenção de vantagens para o proprietário, vincula essas vantagens à promoção do bem comum.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. 15º ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações, 1988.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

CAVEDON, Fernanda de Salles. *Função Social e Ambiental da Propriedade*. Momento Atual, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *Função Social da Propriedade dos bens de produção*. RDM 63/71-79.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. 5 ed, Rio de Janeiro: Forense, 1973.

GUEDES, Jefferson Carús. “Função Social das “propriedades”: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social”, artigo publicado *in* “Aspectos controvertidos do Novo Código Civil”, RT, 2003.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2 ed. São Paulo: Abril Cultura, 1979 (Coleção Os Pensadores).

LOCKE, John. *Carta Acerca da Tolerância; Segundo Tratado sobre Governo; Ensaio Acerca do Entendimento Humano*.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social; Ensaio Sobre a Origem das Línguas; Discurso Sobre as Ciências e as Artes; Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores).

³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Função Social da Propriedade dos bens de produção*. RDM 63/71-79.