

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FELIPE FRANK

A IDEOLOGIA DO DISCURSO PROPRIETÁRIO FRENTE À FUNÇÃO SOCIAL

CURITIBA
2011

FELIPE FRANK

A IDEOLOGIA DO DISCURSO PROPRIETÁRIO FRENTE À FUNÇÃO SOCIAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à disciplina de Monografia Jurídica como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski
Ruzyk

Co-orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

CURITIBA

2011

TERMO DE APROVAÇÃO

FELIPE FRANK

A IDEOLOGIA DO DISCURSO PROPRIETÁRIO FRENTE À FUNÇÃO SOCIAL

Trabalho de Conclusão de curso aprovado como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadores:

Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Setor de Ciências Jurídicas – UFPR

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Setor de Ciências Jurídicas – UFPR

Membros da banca:

Prof. Dr. Eroulths Cortiano Jr.
Setor de Ciências Jurídicas – UFPR

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo
Setor de Ciências Jurídicas – UFPR

Curitiba, 25 de novembro de 2011.

Aos meus pais e à minha família pelo amor incondicionado, à minha irmã pelo amor fraternal e à Silvia Maria pelo amor eterno, aos Professores Pianovski e Fachin, aos meus amigos e a todos os que colaboraram e me auxiliaram, de maneira direta ou indireta neste período, com paciência e compreensão.

Agradeço imensamente aos orientadores pelo aprendizado, pelo apoio, pelas oportunidades oferecidas e pela amizade.

Aos meus amigos que me apoiaram e me auxiliaram no debate acerca do tema, em especial Bernardo, Cássio, Eduardo, Elvis, Luiz, Rafael, Thiago e Vitor.

Aos integrantes do escritório Fachin Advogados Associados pelas valiosas lições, em especial à Priscila, ao Dr. Marcos e à Dra. Melina.

Aos professores, servidores e funcionários da Universidade Federal do Paraná

Ao grupo de pesquisa Virada de Copérnico e ao grupo de extensão Direito e Cidadania.

Fazer uma obra e reconhecê-la má depois de feita é uma das tragédias da alma. Sobretudo é grande quando se reconhece que essa obra é o melhor que se podia fazer.

Fernando Pessoa

RESUMO

O presente trabalho visa desvelar a forma pela qual a propriedade moderna foi legitimada, bem como a ideologia e os interesses que estão por detrás desta legitimação e como esta propriedade se tornou princípio de organização do sistema sócio-econômico, evidenciando-se para tanto as rupturas do conceito de propriedade frente à sua funcionalização. Busca-se, com isso, tutelar de modo efetivo os direitos fundamentais da pessoa humana concebidos em um panorama correlacional. Assim, visando desmistificar o significado propriedade, realiza-se uma análise acerca da ideologia que se encontra por detrás deste instituto, das formas de controle do discurso e como o discurso proprietário materializa a ideologia que o subjaz. Ademais, busca-se compreender como se deu a formação e a legitimação da propriedade moderna e de seu discurso a partir de uma perspectiva histórica crítica, constatando-se a relatividade histórica dos significados jurídicos e os argumentos que foram usados para sua defesa perante uma nova ordem sócio-econômica, derivada das rupturas para com a ordem feudal. Por fim, passa-se por diferentes teorias funcionalistas para que se possa compor um conceito que melhor instrua a função social prevista constitucionalmente, aplicando-a de modo a orientar os direitos de posse e de propriedade com o objetivo maior de oferecer um contributo material à pessoa humana concreta e correlacionalmente considerada.

Palavras-chave: Ideologia; Discurso; Função Social; Posse; Propriedade.

ABSTRACT

The present study aims to uncover how the modern property has been legitimized, its ideology, and its interests, as well how this property has become the organizing principle of the socio-economic system, lying emphasis on the conceptual breaches of property announced after its functionalization. Therefore we intend to protect the fundamental human rights effectively, in a co-relational outlook. Thus, aiming to demystify the significant of property, we will make a review about the ideology that lies behind this institute, an investigation about the control of discourse, and another one about how the discourse materializes its ideology. Furthermore, trying to understand the formation and the legitimating of modern property and its discourse, we will make a critical historical analysis about it, trying to figure out the historical relativity of legal terms, as well the arguments that have been used for its defense in a new socio-economic order that is derived from the feudal order breach. Finally, we will pass by several functionalist theories in order to compose the best concept to instruct the social function provided by the Constitution, applying it to the orientation of tenure and property rights, aiming to supply a material contribution to the factual and co-relational human being.

Keywords: Ideology; Discourse; Social Function; Tenure; Property.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 DISCURSO PROPRIETÁRIO.....	12
2.1 A <i>ORDEM DO DISCURSO</i>	13
2.2 O DISCURSO PROPRIETÁRIO.....	17
2.3 A IDEOLOGIA E O DIREITO.....	21
3 HISTÓRICO DA FORMAÇÃO DA PROPRIEDADE MODERNA.....	28
3.1 A IMPORTÂNCIA DA INVESTIGAÇÃO HISTÓRICA: UMA QUESTÃO DE ENFOQUE.....	28
3.2 A EFETIVIDADE DAS PROPRIEDADES PRÉ-MODERNAS: AS RELAÇÕES DE PERTENCIMENTO NO DIREITO FEUDAL.....	32
3.3 A ABSTRAÇÃO DA PROPRIEDADE MODERNA: COMO A PROPRIEDADE SE TORNOU PRINCÍPIO DE ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA CAPITALISTA.....	37
4 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E DA PROPRIEDADE: UMA POSSIBILIDADE NORMATIVA PARA A EMANCIPAÇÃO DO SUJEITO CONCRETO.....	44
4.1 A FUNÇÃO COMO CONTRIBUTO.....	45
4.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO..	55
4.3 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NO DIREITO BRASILEIRO.....	64
5 CONCLUSÕES.....	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	75

1 INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Constituição de 1988, o termo função social passou a ter força normativa e passou a constar do rol de direitos fundamentais. Entretanto, a despeito de sua projeção a direito fundamental e da abundante literatura jurídica acerca do tema, a função social ainda é vista sob uma perspectiva publicista, que, em certa medida, não coaduna com a complexidade das situações jurídicas tuteladas pelo texto constitucional e ignora o passado dos institutos jurídicos, tomando-os de forma naturalizada, como se não tivessem sofrido alterações de significado ao longo da história.

Nesse sentido, busca-se desvelar a forma pela qual a propriedade moderna foi legitimada, os interesses que se encontravam por detrás desta legitimação e como a propriedade se tornou um direito absoluto, orientando as formas de organização sócio-econômica no Direito ocidental engendradas.

Valendo-se das concepções foucaultianas acerca da *ordem do discurso*, analisa-se a forma pela qual se dá a produção e o controle dos discursos disseminados na sociedade.

A partir deste aporte teórico, adentra-se, mais especificamente, à análise do *discurso proprietário* com vistas a compreender a forma de apreensão deste discurso pela ordem sócio-econômica, destacando-se, principalmente, as proposições de Crawford Browgh MacPherson, Pietro Barcellona e Eroulths Cortiano Jr. a respeito do tema.

Assim, buscando desvelar essa forma de apreensão discursiva, necessária se faz uma breve incursão ao estudo da ideologia que se encontra por detrás da construção do discurso proprietário, sem, entretanto, ignorar a complexidade deste estudo e o fato de que a própria escolha dos marcos teóricos deste ponto revela, *de per se*, uma escolha ideológica. Por isso, delimita-se, desde logo, que o principal marco para o estudo do tema reside, em boa medida, na teoria de Michel Löwy.

Colocadas as premissas necessárias ao desvelamento e à desmistificação do significante propriedade, adentra-se à inevitável análise histórica deste termo, à forma como foi apreendido nos diversos momentos históricos e ao modo pelo qual se deu a formação do discurso proprietário no Direito moderno.

Para tanto, é adotada uma perspectiva histórica crítica, que busca na análise do passado as rupturas para com o presente, e não a conformação deste. Assim, ao contrário estudos tradicionais, ao invés de partir do exame dos institutos de Direito romano, parte-se da análise das relações de pertencimento existentes no Direito feudal, passando pelas transformações desta sociedade e pela mutação dos significados atribuídos aos significantes do Direito, e chegando, por fim, à ruptura que sagrou o início da propriedade moderna.

Nessa investigação histórica da propriedade moderna, o objetivo é compreender como essa propriedade foi legitimada, quais os fundamentos que passaram a justificar as relações de pertencimento individualizadas e como se deu a formação do discurso que passou a sustentá-la.

Após, investiga-se as razões da ruptura da propriedade moderna, pautada na abstratividade e na absolutividade, de modo a compor uma investigação crítica à sua funcionalização.

Ao estudo da função social da propriedade, adota-se, também, uma breve incursão histórica crítica, que vislumbra compreender este significante dentro de seu contexto sócio-cultural, aceitando sua pluralidade de significados ao longo do tempo e do espaço.

Passa-se, assim, pelas concepções de função social desenvolvidas por Rudolf von Ihering, Auguste Comte, Leon Duguit, Karl Renner, Norberto Bobbio e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk para, então, ser adotado um conceito que melhor instrua a função social prevista constitucionalmente.

Feitas estas tomadas de posição, adentra-se ao estudo crítico da função social da propriedade no Direito brasileiro, destacando-se as principais construções teóricas a respeito da propriedade, especialmente a partir da Constituição de 1988, enfrentando-se, aqui, as doutrinas que atribuem papel secundário à função social, relegando-a a mera limitação ao direito de propriedade.

Por fim, levando-se em conta as rupturas anunciadas à tradicional concepção de propriedade, em especial após sua funcionalização, investiga-se a função social da posse no Direito brasileiro, colhendo das críticas propostas a ressignificação deste instituto, a troca de seu fundamento último e a proposta de sua autonomia em relação à propriedade, com fundamento na teoria de Hernandez Gil,

sempre tendo em vista a tutela da pessoa humana concretamente considerada, conforme as proposições de Luiz Edson Fachin e Gustavo Tepedino.

2 DISCURSO PROPRIETÁRIO

Um bom sistema jurídico mantém a lucratividade das empresas e o bem-estar do povo alinhados, de modo que as pessoas que buscam lucros também beneficiem o público.¹

Desvelar a propriedade exige, além de um estudo jurídico e de uma busca histórica em relação à sua formação, um estudo crítico, dialeticamente aberto à economia política, à sociologia e, principalmente, à realidade. Nesse sentido, empreender-se-á neste capítulo uma busca pela forma como este instituto jurídico se estabeleceu socialmente e como ele se reproduz culturalmente, investigando-se, para tanto, *a ordem do discurso* que o (re)produz e que torna factível a *ideologia* existente por detrás do *discurso proprietário* nas relações privadas e mesmo na cultura ocidental.

Antes de se adentrar à análise do tema, impede fazer alguns esclarecimentos preliminares à investigação. Filiar-se-á à perspectiva de MacPherson, para quem a criação dos institutos sociais é feita pelo homem (*man-made*), seja para atender suas necessidades vitais, seja para manter determinadas vontades de classe (*wants of the classes*), as quais estão ligadas a desejos, cuja abrangência vai da necessidade de existência da classe e de sobrevivência daqueles que a compõem ao desejo de manutenção de determinado *status quo* alcançado pela classe e por aqueles que a integram.²

Por *classes sociais*, entenda-se, segundo Marilena Chauí:

As classes sociais não são coisas nem idéias, mas são relações sociais determinadas pelo modo como os homens, na produção de suas condições materiais de existência, se dividem no trabalho, instauram formas determinadas da propriedade, reproduzem e legitimam aquela divisão e aquelas formas por meio das instituições sociais e políticas, representam para si mesmos o significado dessas instituições através de sistemas determinados de idéias que exprimem e escondem o significado real de suas relações. As classes sociais são o fazer-se classe dos indivíduos em suas atividades econômicas, políticas e culturais.³

¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 26.

² MACPHERSON, Crawford Browgh. **Property, mainstream and critical positions**. 6. Reimpressão. Toronto: University of Toronto Press, 1999, p. 1.

³ CHAUI, Marilena. **O que é ideologia?** Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/12876624/Colecao-Primeiros-Passos-O-Que-e-IdeologiaMarilena-Chaui>>. Acesso em: 01 nov. 2011. p. 21.

Sabendo-se que existem determinadas posições sociais passíveis de serem objetivadas em classes segundo sua maior ou menor similitude e poder de interferência sobre a ordem estatal, evidencia-se a criação de vários *discursos*, em diferentes instâncias sociais, que servem à propagação e à defesa dos interesses dessas classes e dos indivíduos que a integram.

Passar-se-á, assim, à investigação de como se dá a produção e o controle do discurso na sociedade para que se possa compreender o que é o chamado *discurso proprietário* e qual a *ideologia* que se encontra por detrás dele, e que permeia, por exemplo, enunciados como aquele transcrito na abertura do presente capítulo.

2.1 A ORDEM DO DISCURSO

Segundo Michel Foucault, o discurso não se restringe à pronúncia de dado enunciado, à pronúncia de uma luta; revela, também, a ligação entre o desejo e o poder daquele que o profere ou que por ele é beneficiado, conformando, portanto, não apenas a tradução de uma contenda, mas principalmente “aquilo pelo que se luta”⁴. Nesse sentido, o discurso representa, de *per se*, a materialização de certa *visão de mundo*, e é justamente por esta relevância que:

A produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade.⁵

Eroulths Cortiano Jr. afirma que *o discurso materializa ideologias*, estando “na base da produção da existência humana”⁶. Nesse sentido, aduz que “o discurso ao mesmo tempo constrói e desconstrói o saber; ele serve para conhecer e desconhecer, para reprimir e para emancipar.”⁷

Foucault afirma que o discurso está na *ordem das leis*, (re)produzindo-se sob o amparo de *instituições sociais*, as quais conferem validade e poder aos

⁴ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 14. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 10.

⁵ *Ibidem*, pp. 8-9.

⁶ CORTIANO JR., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 3.

⁷ *Ibidem*, p. 3.

discursos nelas desenvolvidos, incidindo sobre a *forma como o conhecimento é delimitado, aplicado, valorizado, distribuído, repartido e atribuído*⁸.

E é justamente por reconhecer esse poder existente nas diversas instituições sociais, dentre as quais pode ser incluída a própria Universidade, que Eroulths Cortiano Jr. afirma estar o ensino do Direito em crise, e em especial o ensino do direito de propriedade, uma vez que:

O direito de propriedade que se ensina no Brasil é descontextualizado, dogmático e unidisciplinar, como demonstra a cartografia traçada pela Ordem dos Advogados. Por evidente, existem exceções, em professores ou instituições, mas exceções que só fazem confirmar a regra. Este trabalho parte, então, de uma constatação: o ensino do direito de propriedade está, também, descontextualizado, dogmatizado e pecando por ausência de interdisciplinariedade. Por isso, ele é objeto de investigação que permite compreender melhor o problema maior da crise do ensino jurídico.

[...]

Considerando as variadas formas de se compreender a estruturação socioeconômica da sociedade moderna, todas elas envolvendo, de uma forma ou de outra, o direito de propriedade, a questão diz respeito às formas de compreender o fenômeno proprietário: como estudar o direito de propriedade. Não se quer ver no problema seu viés epistemológico ou metodológico, o que demandaria outra espécie de investigação. O que interessa aqui é posicionar-se diante do estudo do direito de propriedade a partir da análise de quando, onde e como se o estuda. Entre a realidade social e a realidade normativa, o objeto do estudo do direito de propriedade está agrilhado a um ensino descontextualizado, dogmático e pluridisciplinar.⁹

Nesse sentido, é possível afirmar que a própria Universidade – quando propaga de forma acrítica, descontextualizada, estritamente dogmática e modo unidisciplinar qualquer conhecimento que seja – contribui, e muito, para o controle do discurso.

As exclusões e escolhas presentes no discurso do ensino jurídico produzem e mantêm o discurso proprietário, e para conhecê-lo, precisa-se conhecê-las. Por outras palavras, há um discurso no ensino jurídico que limita as possibilidades do discurso proprietário.

Dentre os enunciados que conformam o discurso proprietário está o discurso do ensino jurídico. Tomando o ensino como uma relação existente, sobremaneira, entre professor e aluno com referência a um objeto, estar-se-á diante de uma situação de inculcação. Nesse situação os papéis e funções são definidos, o professor informa aquilo que o aluno desconhece, e por isso as informações transmitidas têm caráter de cientificidade e chegam ao destinatário através de uma linguagem especializada. Como o

⁸ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 14. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 17.

⁹ CORTIANO JR., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 212-213.

local onde se dá o discurso pedagógico é o da escola, há uma legitimação do discurso que ali se produz.¹⁰

Segundo Foucault¹¹, esse controle se realiza pela existência de certos *procedimentos de exclusão e de limitação*, os quais podem ser tanto de ordem interna quanto externa. Quanto aos procedimentos de exclusão, são externos aqueles que extrapolam materialmente o próprio discurso, e internos aqueles que protegem discursivamente o próprio discurso.

No que diz respeito ao controle externo, Foucault arrola três procedimentos: (i) *interdição*; (ii) *separação e rejeição*; (iii) *vontade de verdade*.

A *interdição* impede que qualquer um fale sobre qualquer coisa. Para tanto, reveste-se o objeto indesejado com tabu, a circunstância com dado ritual e o sujeito que fala com certo atributo, faculdade, privilégio, título ou exclusividade para proferir algo sobre aquilo.¹²

A *separação e a rejeição* opõem razão e loucura, fazendo com que aquilo que é proferido por alguém considerado louco seja tido por insanidade e não seja ouvido; doutro lado, o discurso institucionalmente amparado, por mais louco que seja, terá vez e voz¹³, tal qual ocorre com a propriedade sob uma leitura mais crítica do Direito.

Por fim, a *vontade de verdade* representa a oposição historicamente organizada entre o verdadeiro e o falso. Assim, conforma-a a busca pela representação, pelo aporte técnico-institucional que tornará determinado ato ritualizado verdadeiro.¹⁴

Nesse sentido, apenas à medida que as diferentes visões de mundo ganham amparo institucional é que se faz possível “mudar” a verdade.

Quanto ao *controle interno*, é possível afirmar que o discurso controla a si próprio por meio de três procedimentos, a saber: (i) pelo *comentário*; (ii) pelo *princípio de autoria*; (iii) e pela *disciplina*.

¹⁰ CORTIANO JR., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 220-221.

¹¹ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 14. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 9.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem, pp. 10-11.

¹⁴ Ibidem, p. 14.

Pelo *comentário*, desde que proferido por um sujeito com representação, traz-se à luz aquilo que estava implicitamente contido no texto, atribuindo-se significação ao texto.¹⁵ Destaque-se, entretanto, que esta significação não é imutável, podendo sofrer deslocamentos que possibilitem sustentar discursos completamente diferentes sobre a mesma base.¹⁶

Permite-se, pois, a construção e a fundamentação de diferentes discursos por um mesmo texto, tal qual ocorre com a Constituição.

Foucault não concebe o *autor* como aquele que criou algo ou determinado discurso, mas aquele que lhe conferiu unidade e coerência à ficção, à ideia, de modo a torná-la factível.¹⁷ É, pois, a *teoria do medalhão* de Machado de Assis¹⁸ aplicada à composição do discurso, já que o autor se apresenta como alguém distinto dos demais, que destaca por compilar e se submeter a pensamentos alheios já consolidados, não sob um viés crítico, mas sim como alguém que meramente reproduz uma determinada posição sedimentada por meio de um argumento de autoridade.

Por fim, quanto à *disciplina*, entenda-se a sistematização das proposições sobre determinado objeto, não como a totalidade das verdades ditas a respeito dele, mas sim como aquilo que permite que o discurso seja reatualizado, que dá abertura à formulação de novas proposições discursivas. Isso ocorre porque ela não se limita a um único autor nem precisa ser repetida, redescoberta e ressignificada; opõe-se, portanto, ao *autor* e ao *comentário*¹⁹.

A despeito dos limites do discurso, verifica-se a existência de regras impostas àqueles que proferem os discursos, dividindo-se em *rituais* (que estipulam a qualificação daqueles que proferem o discurso²⁰), *doutrinas* (que definem os conteúdos e aqueles que “melhor” dele trataram²¹) e *apropriação social dos discursos* (que se consubstancia nos sistemas institucionais em que o sujeito tem contato com o discurso – ex: na educação, no judiciário etc.²²).

¹⁵ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 14. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 25.

¹⁶ Ibidem, p. 24.

¹⁷ Ibidem, p. 28.

¹⁸ MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **Teoria do medalhão**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000232.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2011.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. Op. Cit., pp. 30-31.

²⁰ Ibidem, p. 39.

²¹ Ibidem, pp. 41-42.

²² Ibidem, pp. 43-44.

Nas palavras de António Manuel Hespanha:

Note-se que as produções jurídicas consistem e decorrem de *discursos*. A própria língua em que os juristas se exprimem pode ter influência no conteúdo do discurso, ao estabelecer um campo de referência (de citações, de reenvios) relativamente limitado.²³

Nesse sentido, Foucault afirma que “*se quisermos analisá-lo [o discurso] em suas condições, seu jogo e seus efeitos, é preciso [...] questionar nossa vontade de verdade; restituir ao discurso seu caráter de acontecimento; suspender, enfim, a soberania do significante*”²⁴.

Para tanto, o autor arrola quatro procedimentos de inversão, aos quais nos filiaremos para conduzir o presente trabalho, quais sejam: (i) um *princípio de inversão* (que se opõe à criação, investigando a fonte dos discursos como se expandem e como foi estabelecida sua continuidade); (ii) um *princípio de descontinuidade* (que aduz serem os discursos atos descontínuos, nem sempre conexos, e que podem ser colidentes, conflitantes ou mesmo excludentes); (iii) um *princípio de especificidade* (segundo o qual não existem significações prévias); (iv) e uma *regra de exterioridade* (para a qual não cabe investigar o interior de um discurso, suas razões, mas seus efeitos externos)²⁵.

Tendo-se, assim, em mente que o *discurso* não se limita à pronúncia de um enunciado, conformando a materialização de uma posição ideológica por intermédio de procedimentos institucionalizados de controle interno e externo, passar-se-á à investigação do *discurso proprietário*, investigação esta que será conduzida pelas quatro noções de inversão numeradas por Foucault, pretendendo-se, com isso, analisar este discurso de forma crítica, desvelando-se suas condições, seu jogo e seus efeitos.

2.2 O DISCURSO PROPRIETÁRIO

Para que melhor se compreenda o significado da palavra *propriedade*, faz-se necessário não se restringir aos conceitos e às fórmulas jurídicas apartadas de uma

²³ HESPANHA, António Manuel. **A história do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978, p. 49.

²⁴ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 14. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 51.

²⁵ *Ibidem*, pp. 51-53.

análise histórica sócio-econômica, uma vez que, segundo MacPherson²⁶, o seu significado não é constante, tendo sofrido, ao longo da história, uma série de mudanças, as quais derivam dos propósitos da sociedade – ou melhor, das classes sociais política ou economicamente dominantes – para com esse instituto definido por *propriedade*.

Essas mudanças de significado são determinadas pelo discurso que rege a propriedade em dado contexto sócio-econômico. Na modernidade, segundo Eroulths Cortiano Jr., “a entrada em cena de uma organização social e política racional-individualista, baseada economicamente na circulação de riquezas [...] fez com que uma determinada concepção de propriedade ocupasse o *centro do universo jurídico*.”²⁷

Para Pietro Barcellona há:

[...] de um lado, a concepção da propriedade como a expressão de um domínio abstrato sobre a terra, baseado em um título jurídico [...]; e de outro lado a concepção da propriedade como gestão produtiva de uma atividade de transformação da natureza, baseada em uma posse efetiva e destinada ao mercado.²⁸

A concepção, trazida por Pietro Bacellona, de *propriedade como gestão produtiva de uma atividade de transformação da natureza* remete àquilo que se convencionou chamar de posse, instituto jurídico que foi posto a serviço da propriedade e, assim, teve sua efetividade circunscrita pelas formalidades inerentes àquilo que Barcellona chamou de *propriedade abstrata baseada em um título*. Isso, entretanto, será melhor explanado mais adiante.²⁹

Quanto à concepção de *propriedade abstrata*, verifica-se que está calcada no *individualismo proprietário*, cuja realização se dá pela *desaparição do sujeito*,

²⁶ MACPHERSON, Crawford Browgh. **Property, mainstream and critical positions**. 6. Reimpressão. Toronto: University of Toronto Press, 1999, p. 1.

²⁷ CORTIANO JR., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 5.

²⁸ Tradução livre de: “De un lado, la concepción de la propiedad como la expresión de un dominio abstracto sobre la tierra, basado en un título jurídico [...]; y del otro lado la concepción de la propiedad como gestión productiva de una actividad de transformación de la naturaleza, basada en la posesión efectiva y destinada al intercambio.” BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Madrid: Editora Trotta, 1996, p. 114.

²⁹ Vide ponto 3.3 (*A abstração da propriedade moderna: como a propriedade se tornou princípio de organização do sistema capitalista*).

pelo *uso* e pelas *necessidades* exclusivamente pessoais, os quais interessam única e exclusivamente ao indivíduo consumidor separadamente considerado.³⁰

Essa concepção tem, segundo MacPherson, sete razões, ou melhor, *suposições de ser*, derivadas da mudança histórica das relações sociais e, conseqüentemente, das ideias que as sustentavam, o que será exposto no capítulo referente à composição histórica do discurso proprietário.³¹ Passemos agora às sete suposições de ser, descritas por MacPherson³²:

(i) a propagação da ideia de que aquilo que faz o homem humano é justamente a liberdade dele não depender da vontade dos outros;

(ii) a ideia de que ser livre da vontade dos outros significa ser livre de quaisquer relações para com outrem, exceto aquelas relações queridas voluntariamente pelo indivíduo, de acordo com seu próprio interesse;

(iii) a ideia de que o indivíduo é dono absoluto de sua própria pessoa e de suas próprias capacidades, não precisando prestar contas destas à sociedade como um todo, isso porque a noção de propriedade foi ligada a um direito exclusivo, personalíssimo;

(iv) decorrente das afirmações anteriores e em especial da última, a possibilidade de o indivíduo poder alienar suas próprias capacidades, isto é, a sua capacidade laboral;

(v) o fato de a sociedade ter se reduzido ao mercado e às relações nele estabelecidas fez com que apenas as relações entre os proprietários (o que inclui aqueles que apenas têm a própria força de trabalho) fossem tidas por relevantes, determinando aquilo que seria tutelado pelo Direito;

(vi) na medida em que a liberdade do indivíduo é mensurada pela sua liberdade em relação à vontade dos outros, deduziu-se às regras e obrigações a máxima liberal de que a liberdade individual cessa na mesma medida em que inicia a liberdade de outrem, limitando-se, com isso, a possibilidade de impor limites diferentes à(s) liberdade(s) individualmente pensada(s);

(vii) ao fato de que as convenções estabelecidas em sociedade derivam do desejo de manutenção de certa ordem sobre as relações de troca

³⁰ BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Madrid: Editora Trotta, 1996, p. 93.

³¹ Vide ponto 3 (*Histórico da formação da propriedade moderna*).

³² MACPHERSON, Crawford Browgh. **The political theory of possessive individualism – Hobbes to Locke**. 13. Reimpressão. New York: Oxford University Press, 1990, pp. 263-265.

mercadologicamente estabelecidas, protegendo-se, notadamente, aquilo que cada indivíduo possui para proteger, assim, a sua própria liberdade.

Às sete suposições de MacPherson é possível incluir uma oitava, deduzida a partir dos ensinamentos de Pietro Barcellona, e que, em certa medida, acaba por desvelar o sentido das suposições de MacPherson. Estamos a falar da teoria de Barcellona³³ segundo a qual o individualismo proprietário é fruto da transformação do *princípio proprietário* em *princípio de organização do sistema*. Assim, pode-se dizer que:

(viii) a propriedade surge para instrumentalizar o mercado, casa da nova classe dominante, possibilitando a *circulação privada da riqueza*.³⁴

A condução dessas oito suposições tem, em certa medida, amparo também em outros autores, como Eroulths Cortiano Jr., que afirma que “a propriedade deixa de ser um direito da pessoa para se transformar no princípio da organização da sociedade marcada agora pelo signo do econômico”³⁵, e Stefano Rodotà³⁶, para quem a propriedade, antes de sua ressignificação, era o paradigma constitutivo de um modelo de *sistema de relações econômicas*, cuja finalidade estava na satisfação das necessidades individuais, no *individualismo possessivo*.

Nesse sentido, é possível afirmar que a *propriedade* foi pensada não para a sociedade em sua integralidade, mas para a manutenção do *status* de um certo homem, inserto em relações inter-subjetivas por ele criadas. Possibilitou-se, com isso, a tutela dos interesses da nova classe que ascendia ao poder, incrementando as trocas e o intercâmbio de bens (o que inclui o próprio trabalho humano) e culminando na mercantilização dos bens e das próprias relações humanas.

Deixando claro o que se entende por discurso proprietário e a corrente à qual se filia o presente estudo, aduz-se, nas palavras de Eroulths Cortiano Jr, que:

Pode-se falar num **discurso proprietário: conjunto de enunciados de diversas ordens (econômicas, políticas, jurídicas), cuidadosamente elaborados, transparentes na prática discursiva do modelo proprietário**. O discurso proprietário é composição, elaboração e limitação.

³³ BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Madrid: Editora Trotta, 1996, p. 91.

³⁴ Ibidem, p. 113.

³⁵ CORTIANO JR., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 9.

³⁶ RODOTÀ, Stefano. **El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada**. Madrid: Editorial Civitas, 1986, pp. 37-38.

Os limites, cortes e rupturas paradoxalmente constroem e desconstroem o discurso. Esse mecanismo aparece através de um jogo de exclusões e escolhas que serve para a manutenção do próprio discurso.³⁷ (grifos nossos)

Assim, a *propriedade* é, na verdade, *princípio de organização sócio-econômica* protegido pelo Direito e constantemente recriada pela *ordem discursiva* que lhe serve de fundamento e de limite.

2.3 A IDEOLOGIA E O DIREITO

Esclarecer ou entender como um *princípio de organização sócio-econômica* se apresenta sob a aparência de direito exige compreender a ideologia que sustenta e que possibilita essa inversão. Faz-se, pois, premente uma breve incursão ao estudo da ideologia para que se possa *desvelar* (o que, infelizmente, não implica superar) o discurso proprietário supra-exposto.

Sabendo-se da complexidade que o estudo da ideologia guarda consigo e que a própria escolha dos autores é manifestação em si de fenômeno ideológico, deixa-se, desde já, explícito que, não obstante a polissemia do termo, filiar-se-á, em boa medida, à concepção de ideologia de Michel Löwy, tendo-se, entretanto, em mente que esta posição não afasta a necessária incursão a outros autores que tratam do assunto.

O termo *ideologia* é, desde as teorizações marxistas, um dos temas mais debatidos, amplos e controversos das ciências sociais. Entretanto, sua origem não remonta a Marx, mas a um pesquisador francês chamado Destutt de Tracy, que, em 1801, publicou a primeira obra sobre ideologia, classificando-a como um “subcapítulo da zoologia”³⁸. Sendo a zoologia o estudo dos animais, a ideologia seria, para ele, o estudo do produto da interação entre o animal e o ambiente, ou seja, o estudo das ideias³⁹.

Valendo-se deste termo, que carecia (e carece ainda hoje) de uma definição univalente, Karl Marx emprega-o como “equivalente à ilusão, falsa consciência,

³⁷ CORTIANO JR., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 219-220.

³⁸ LÖWY, Michael. **Ideologias e ciências sociais**: elementos para uma análise marxista. 19. ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 10.

³⁹ Ibidem, p. 11.

concepção idealista na qual a realidade é invertida e as idéias aparecem como motor da vida real⁴⁰. Nesse sentido, “o papel da ideologia era camuflar as contradições sociais fazendo-as parecer necessárias, normais e congruentes”⁴¹.

Segundo Michael Freeden⁴², o que diferenciou o emprego feito por Marx da palavra *ideologia* reside justamente no ponto nodal da teoria marxista: o conflito de classes. Marx associou a concepção de ideologia à de classes sociais, sendo, pois, sua principal missão *desmascarar* e *desmistificar* a ideologia por detrás da manutenção do modo de produção capitalista.

Marilena Chauí⁴³ aponta que a ideologia é o instrumento usado pela classe burguesa para fazer com que o proletariado continue trabalhando, ou melhor, sendo explorado, sem se rebelar contra isso, uma vez que a ideologia camufla essa realidade exploratória a fim de torná-la um processo natural de organização do trabalho.

Nesse sentido, afirma Mészáros⁴⁴ que o trabalhador, inserto num complexo histórico de formação dos modos de produção, ao não vislumbrar a sua própria exploração por outrem, está *alienado*, alheio à sua realidade.

Dentro deste recorte marxista, a ideologia que se manifesta por intermédio do discurso e que aliena os trabalhadores, fazendo-os ignorar as relações de tensão e de exploração existentes na sociedade, tem, ainda, assegurada a sua vigência por intermédio de aparelhos com “força de execução e intervenção repressoras”⁴⁵; são os chamados *aparelhos repressivos do Estado*. Esses aparelhos são instrumentos controlados pelas classes dominantes que, sob a legitimação estatal, asseguram a reprodução das relações de produção estabelecidas na base da sociedade (infra-estrutura) pela superestrutura jurídico-política.⁴⁶

⁴⁰ LÖWY, Michael. **Ideologias e ciências sociais**: elementos para uma análise marxista. 19. ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 11.

⁴¹ Tradução livre de: “The role of ideology was to smooth over those contradictions by making them appear as necessary, normal, and congruous.” FREEDEN, Michael. **Ideology**. New York: Oxford University Press, 2003, p. 5.

⁴² Ibidem, pp. 6-7.

⁴³ CHAUI, Marilena. **O que é ideologia?** Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/12876624/Colecao-Primeiros-Passos-O-Que-e-IdeologiaMarilena-Chaui>>. Acesso em: 01 nov. 2011. p. 23.

⁴⁴ MÉSZÁROS, István. **A Teoria da Alienação em Marx**. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 31.

⁴⁵ ALTHUSSER, Louis. Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado. In: ZIZEK, Slavoj [Org.] **Um mapa da ideologia**. 4. Reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 111.

⁴⁶ Ibidem, p. 117.

Desse modo, é possível afirmar que o Direito, como *fenômeno ideológico*⁴⁷, bem como as instituições que lhe dão suporte (escolas, universidades, tribunais, polícia etc.), integram os aparelhos repressivos do Estado, reproduzindo e assegurando a manutenção das relações de exploração de classe.

Estruturadas as noções preliminares acerca da ideologia, as quais permitem um *desvelamento*⁴⁸ inicial para com a realidade existente, passar-se-á à investigação dialética da ideologia.

Posicionar-se de forma crítica em relação ao conhecimento e permitir que dele seja extraída a contraprova da realidade implica, igualmente, sujeitar-se ao método dialético que conduz a crítica. Assim, não obstante as preciosas análises depreendidas pela teoria marxista, verifica-se que a ideologia incide sobre essa própria teoria, sobre esse e sobre os demais discursos; esse é, pois, o *limite da ideologia*⁴⁹.

De forma pioneira, Karl Mannheim investigou a ideologia sob uma ótica dialética mais ampla, não apenas segundo um viés materialista de contradição de classes, mas sob o enfoque crítico que a própria ideologia desvelada por Marx empreendeu sobre a realidade por ele investigada. Assim, pôde constatar que a ideologia aparece não apenas como um processo de controle e de ocultamento conduzido pelas classes dominantes e por elas assegurados repressivamente, mas como um processo inerente à história e ao pensamento humanos, sendo, portanto, fruto de toda e qualquer classe social.⁵⁰

Com isso, Mannheim dividiu a ideologia em *concepção particular* (que “realiza suas análises de idéias em um nível puramente psicológico, [...] sempre do indivíduo”⁵¹) e *concepção total* (que procura “reconstruir todo o modo de ver de um grupo social”⁵²). Nesse sentido, o autor afirma que a ideologia existe em todas as classes, tendo sido esta palavra, inclusive, “usada pelo proletariado como uma arma contra o grupo dominante.”⁵³

⁴⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 154.

⁴⁸ O termo desvelamento aqui é empregado no sentido genérico de descoberta, desocultamento, sem, com isso, vincular-se à concepção de *aletheia* desenvolvida por Martin Heidegger.

⁴⁹ ZIZEK, Slavoj. **Eles não sabem o que fazem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, p. 7.

⁵⁰ MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1968, p. 81.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 83-84.

⁵² *Ibidem*, p. 85.

⁵³ *Ibidem*, p. 100.

Cabe, antes de se avançar na investigação acerca da ideologia, apenas esclarecer que, para Mannheim, a ideologia e a utopia são fenômenos análogos, que “contêm o imperativo de que cada idéia deva ser julgada por sua congruência com a realidade”⁵⁴, mas que representam fatos diferentes; enquanto aquela representa *todo o modo de ver de dada classe social*, esta representa algo que não existe propriamente, algo revolucionário, “um produto especulativo da imaginação.”⁵⁵

Afirma Löwy que “a sociologia do conhecimento [de Mannheim] desmascara todo o mundo, inclusive o marxismo”⁵⁶, e acrescenta que “não se trata só de desmascarar, se trata também de reconhecer a contribuição parcial de cada um desses pontos de vista: cada um contribui para o conhecimento da realidade, mas é uma contribuição limitada.”⁵⁷

Nesse sentido, Zizek afirma que “‘ideologia’ pode designar qualquer coisa, desde uma atitude contemplativa que desconhece sua dependência em relação à realidade social, até um conjunto de crenças voltado para a ação; desde o meio essencial em que os indivíduos vivenciam suas relações com uma estrutura social até as idéias falsas que legitimam um poder político dominante.”⁵⁸

Aplica-se, pois, à ideologia existente no Direito e que sustenta, em boa medida, o discurso proprietário o que Löwy definiu por *princípio da carruagem*⁵⁹. Este princípio se refere à situação em que se adota determinada posição teórica ou ideológica para criticar determinado fenômeno e, quando sobrevém a contra-crítica, pautada nesta mesma posição, diz ser impossível aplicá-la àquilo que foi por meio dela defendido, tal qual a pessoa que anda em uma carruagem e ao seu bel prazer dá o sinal para que esta pare antes de adentrar em um local não desejado. Impende, pois, aceitar a aplicação do método utilizado à crítica para ser por ele criticado.

Assim, pode-se afirmar que a ideologia não representa única e exclusivamente um fenômeno de ocultação empreendido pelas classes dominantes, mas um fenômeno plúrimo, histórico e dialético, que se encontra difundido por

⁵⁴ MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1968, p. 124.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 125.

⁵⁶ LÖWY, Michael. **Ideologias e ciências sociais**: elementos para uma análise marxista. 19. ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 91.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 92.

⁵⁸ ZIZEK, Slavoj. O Espectro da Ideologia. In: ZIZEK, Slavoj [Org.] **Um mapa da ideologia**. 4. Reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 9.

⁵⁹ LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o barão de Münchhausen**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 97.

intermédio de inúmeros discursos e que defende interesses díspares, tendo respaldo no Direito e nas diferentes instituições sociais, em maior ou menor grau de instrumentalidade.

Destaque-se, conforme António Manuel Hespanha, que:

A prática jurídica não se limita a transformar a consciência dos homens (como acontece com as práticas ideológicas), ela transforma as próprias relações sociais. Ou, mais precisamente, produz o efeito de sentido adequado a desencadear um processo de transformação coactiva dessas relações. Assim, os objectos da prática jurídica são as próprias situações a valorar juridicamente.⁶⁰ (grifos nossos)

Faz-se, pois, possível a emancipação do sujeito pelo Direito, embora não seja este o único caminho, haja vista ser esta apenas parte do conhecimento da realidade, representando, portanto, uma contribuição limitada. Resta, entretanto, saber como é possível esta contribuição.

Eroulths Cortiano Jr., conforme já foi exposto, atenta para o carácter dual do Direito, que, como prática discursiva que é, serve tanto para a emancipação quanto para a repressão do sujeito concretamente considerado. Nesse sentido, expõe o carácter repressor do ensino do direito de propriedade, bem como destaca a possível solução para a sua emancipação:

O que se ensina, é, nesta ordem de coisas, o que não se ensina. O ensino do direito de propriedade, por conseguinte, oculta e não revela o que poderia ou deveria ser revelado, e assim, o ensino anula-se nessa sua ausência.

[...]

Dito de outra forma, um ensino do direito de propriedade que não leva em consideração as rupturas que o instituto sofreu, é falho não só porque deixa de mostrar parte do instituto, mas porque – e principalmente – deixa de mostrar que aquele instituto está sujeito a rupturas: não é universal, imutável ou único.

Assim, por exemplo, não basta informar ao acadêmico da função social da propriedade, mas investigá-la em seu próprio potencial transformador.⁶¹

⁶⁰ HESPANHA, António Manuel. **A história do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978, p. 46.

⁶¹ CORTIANO JR., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 214-215.

Nesse sentido está Rodotà, que atribui à aplicação crítica da função social da propriedade papel de destaque na transformação do sistema jurídico contemporâneo e na própria significação do conceito propriedade:

No que se refere ao conceito de função social, que umas vezes se utiliza para negar à propriedade a natureza de direito subjetivo (inserindo-a ou desejando que ela se insira em uma perspectiva social ou solidarista mais ampla) e outras vezes para expressar a subordinação do momento individual... ao momento social.⁶²

Trata-se, pois, de afastar a *ideologia cínica*⁶³ existente por detrás do direito de propriedade para se viabilizar a *funcionalização* deste direito, nos termos que serão a seguir expostos, conferindo-se, inclusive, autonomia à posse em relação à propriedade, para que seja possível a efetiva emancipação do sujeito.

Destaque-se que o sujeito aqui mencionado diz respeito à pessoa humana, e não ao sujeito de direitos codificado, fruto da racionalidade pandectista que reduz a vida à abstrata relação jurídica.

Nas palavras de Jussara Meirelles:

A redução da ordem jurídica a verdadeiro estatuto patrimonial e a categorização da pessoa como sujeito que contrata, que constitui formalmente uma família, que tem um patrimônio e que se apresenta, enfim, como sujeito dos direitos estabelecidos pelo sistema, faz com que a personalidade civil se distancie mais e mais da dignidade humana em razão da qual os indivíduos merecem proteção e amparo; e aproximem-se, de maneira a sinonimizar-se, da titularidade contratual e patrimonial.⁶⁴

Fala-se, portanto, da emancipação da pessoa humana cuja dignidade é, segundo Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

⁶² Tradução livre de: “Lo que se refiere al concepto de función social, que unas veces se utiliza para negar a la propiedad la naturaleza de derecho subjetivo (insertándola o dejano que se la inserte en una más amplia perspectiva social o solidarista) y otras veces para expresar la subordinación del momento individual... al momento social.” RODOTÀ, Stefano. **El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada**. Madrid: Editorial Civitas, 1986, pp. 37-38.

⁶³ Zizek define a ideologia cínica como aquela existente tanto no capitalismo consumista quanto no socialismo real e que faz com que “o sistema só funcione sob a condição de que os sujeitos mantenham um distanciamento cínico e não ‘levem a sério’ os valores oficiais [desse sistema].” ZIZEK, Slavoj. O Espectro da Ideologia. In: ZIZEK, Slavoj [Org.] **Um mapa da ideologia**. 4. Reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 23.

⁶⁴ MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson *et al* [Coord.] **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 98.

[...] aferível no atendimento das necessidades que propiciam ao sujeito se desenvolver com efetiva liberdade – que não se apresenta apenas em um âmbito formal, mas se baseia, também, a efetiva presença de condições materiais de existência que assegurem a viabilidade real do exercício dessa liberdade.⁶⁵ (grifos nossos)

Destarte, trata-se de conferir tutela não a direitos abstratos, mas às pessoas concretamente consideradas, cuja realização de uma vida digna, nos termos supraexpostos, depende, materialmente, de determinados bens essenciais.

⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 35, Rio de Janeiro, 2008, p. 108-109.

3 HISTÓRICO DA FORMAÇÃO DA PROPRIEDADE MODERNA

*A verdadeira imagem do passado perpassa, veloz. O passado só se deixa fixar como imagem que relampeja irreversivelmente, no momento em que é reconhecido.*⁶⁶

Uma investigação civil-constitucional, de qualquer instituto que seja, segundo Pietro Perlingieri, não pode se olvidar à análise histórica da sociedade que conforma determinado Direito.⁶⁷ Nesse sentido, buscar a significação dos significantes jurídicos implica enfrentar a complexidade do fenômeno social, que materializa o seu *existir* pelo *coexistir* daqueles que o integram.⁶⁸

Segundo Sérgio Staut, “não é possível repensar criticamente o direito presente e projetar um outro futuro sem levar seriamente em consideração o passado.”⁶⁹ Compreender, portanto, a crítica ao discurso proprietário e a sua sedimentação ideológica exige, ainda que de forma breve, uma investigação histórica, que permita melhor analisar a formação da propriedade moderna e acolchetar o verso de sua finalidade econômica ao anverso de seu desiderato social.

3.1 A IMPORTÂNCIA DA INVESTIGAÇÃO HISTÓRICA: UMA QUESTÃO DE ENFOQUE

A importância de uma investigação histórica dos institutos jurídicos está para além de compreender a conformação do presente pelo seu passado; assenta-se sobre o desvelar: desvelar a “marcha histórica do próprio direito”⁷⁰, cujo reconhecimento da historicidade de seu produto, de seus conceitos, permite afirmar

⁶⁶ BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre a literatura e história da cultura**. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 224.

⁶⁷ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 170.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ STAUT, Sérgio. **A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916**. Tese de Doutorado em Direito. Curitiba, UFPR, 2009. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19305/TESE-COMPLETA-STAUT.pdf?sequence=1>>. Acesso em 05 nov. 2011. p. 3.

⁷⁰ HESPANHA, António Manuel. **A história do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978, p. 9.

que o Direito não transcende o tempo e a cultura em que é desenvolvido e estruturado, encontrando-se visceralmente atrelado à sociedade na qual é praticado.

Destarte, segundo Ricardo Marcelo Fonseca, “uma das missões principais do historiador do Direito - senão a principal - é possibilitar, pelo seu particular modo de observar a realidade jurídica, a relativização de conceitos que no nosso presente nos parecem absolutamente naturais.”⁷¹

Segundo Antonio Manuel Hespanha⁷², se outrora a história do Direito foi fundamental à crítica da ordem jurídica pré-burguesa para que se pudesse ser implementada uma nova racionalidade, pautada em um *direito natural*, liberto do historicismo⁷³ dos conceitos jurídicos romanos glosados ao longo da Idade Média, hoje sua importância está na crítica à própria burguesia que dessa disciplina se valeu, isso porque ela permite relativizar a *naturalidade* dos institutos jurídicos e tecer severas críticas que desvelam a mutabilidade das circunstâncias, da sociedade, dos institutos jurídicos e da própria ordem econômico-social que está por detrás deste processo.

E é justamente por esta importância da história do Direito que na visão de Hespanha a própria ordem burguesa, que dela se valeu para sobrepujar a racionalidade medieval, hoje, ironicamente, renega esta disciplina atribuindo-a um papel jurídico secundário, de mera compreensão do passado.

Neste mesmo sentido está a crítica de Sérgio Staut, para quem:

A história do direito não pode ser utilizada para justificar e legitimar as manifestações jurídicas atuais observadas em relação à posse e à propriedade. Entender as relações jurídicas entre os homens e as coisas na sua profunda historicidade tem uma relevante função de dessacralizar e desmitificar o direito “natural” de propriedade privada, pensado na modernidade, e compreender que “aquela” concepção corresponde a “uma” forma de regulação das relações de pertencimento e não “a” única maneira

⁷¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. A 'lei de terras' e o advento da propriedade moderna no Brasil. In: **Anuario Mexicano de história del derecho**, Mexico, XVII, 2005, p. 97.

⁷² HESPANHA, António Manuel. **A história do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978, pp. 9-11.

⁷³ Sobre o historicismo, Slavoj Žižek critica o posicionamento daqueles historiadores que se limitam a estabelecer um nexó lógico e superficial entre um fato do presente e uma coisa do passado. Afirma, assim, ser a história diferente do historicismo por representar aquela o próprio movimento da sociedade a ser apreendido pelo historiador como crítica evolutiva da própria sociedade, enquanto que este se limita a descrever as semelhanças existentes entre duas épocas de forma estanque e acrítica, tomando por base a estrutura do presente. ŽIZEK, Slavoj. **History against historicism**. European Journal of English Studies, 2000, Vol. 4, No. 2, pp. 101-110.

de entender e regular juridicamente as relações entre os homens e as coisas.⁷⁴

Assim, o objeto de estudo, aqui, circunscreve-se à formação (e conseqüente desvelamento) do discurso que conferiu fundamento à propriedade moderna, em especial a ruptura de racionalidade estabelecida na passagem da dita Idade Média para a Idade Moderna.

Paolo Grossi coloca como uma das tarefas do estudo da história do Direito a desmistificação, o desvelamento, dos institutos jurídicos, afirmando que esta disciplina:

[...] retira o caráter absoluto das certezas de hoje, relativiza-as pondo-as em fricção com certezas diferentes ou opostas experimentadas no passado, desmistifica o presente, garante que sejam analisadas de modo crítico, liberando os fermentos atuais da estática daquilo que é vigente e estipulando o caminho para a construção do futuro.⁷⁵

No que tange o Direito romano, Michel Villey afirma que os juristas romanos adotaram uma *filosofia das coisas*, voltada à solução de conflitos, direcionada pelo bom senso e pelo interesse prático.⁷⁶ Essa praticidade fez com que o Direito Romano se dedicasse sobremaneira em regulamentar (e não tanto em fundamentar) os processos de apropriação individual, o *dominium* e sua extensão.⁷⁷

Assim, os trabalhos romanos estabeleceram significantes que sobreviveram aos séculos (não obstante a mutação de seus significados) e que existem até os dias de hoje, como, por exemplo, os conceitos de *propriedade*, *posse* e *domínio*.

Apesar de ser comum investigar os institutos jurídicos da contemporaneidade a partir de um enfoque histórico sobre o Direito Romano, Ricardo Marcelo Fonseca destaca que nessa investigação, nesse “modo de observar o direito romano (muito difundido no Brasil) ignora o modo como ele foi filtrado e recepcionado pelo direito moderno, a ponto de muitas vezes transformá-lo

⁷⁴ STAUT, Sérgio. **A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916**. Tese de Doutorado em Direito. Curitiba, UFPR, 2009. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19305/TESE-COMPLETA-STAUT.pdf?sequence=1>>. Acesso em 05 nov. 2011. pp. 4-5.

⁷⁵ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 26.

⁷⁶ VILLEY, Michel. **Direito romano**. Porto: Resjuridica, 1991, p. 116.

⁷⁷ Ibidem, pp. 125-128.

e diluí-lo nesse mesmo direito moderno”⁷⁸, deixando de lado o fato de que estes institutos tinham sentidos e significados diferentes naquela época, próprios da sociedade romana e que não guardam correspondência com sua concepção hodierna.

Nesse sentido, por vezes, o Direito Romano foi invocado como argumento de autoridade, pensando-se nele “como algo que contém em si mesmo um núcleo precioso, de juridicidade ‘pura’, e que poderia ser aplicada diretamente (ou após algumas poucas mediações) na nossa realidade moderna.”⁷⁹

Assevera Ricardo Marcelo Fonseca que esse transporte do Direito Romano ao Direito contemporâneo, ignorando as transformações sobre ele empreendidas pelos glosadores e mesmo pelos próprios teóricos das escolas modernas – dentre os quais podemos citar, inclusive, Savigny e Ihering – não permite criticar os significantes à luz da relatividade e da mudança de seus significados. “Dessa forma, se excetuarmos esse aproveitamento duvidoso que se faz do direito romano, pouca coisa sobra de todo passado histórico no trabalho intelectual que fazem os juristas na compreensão do direito.”⁸⁰

Destarte, tendo-se em mente que os conceitos do Direito Romano sofreram graves alterações de significado ao longo da história – não apenas pelos glosadores, mas também pelos juristas modernos, que ao investigar os institutos romanos acabavam por recriá-los, ainda que involuntariamente, renovando o seu próprio Direito ao preencher velhos significantes com novos significados –, o recorte histórico aqui estabelecido se cinge à compreensão e à crítica do fenômeno jurídico da propriedade a partir da Idade Média e das rupturas de discurso que acabaram por conformar o modelo proprietário moderno e as suas adaptações ao mercado de massas da contemporaneidade.

⁷⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. 1. Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010, p. 23.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 24.

3.2 A EFETIVIDADE DAS PROPRIEDADES PRÉ-MODERNAS: AS RELAÇÕES DE PERTENCIMENTO NO DIREITO FEUDAL

As invasões germânicas no Império Romano, o despovoamento das cidades romanas, o pertencimento da grande propriedade pela aristocracia hispano-romana e visigoda, o rareamento da moeda e a decadência do comércio, que sofria com a falta de segurança nas rotas, marcaram o início da época medieval e a configuração de um novo sistema econômico-político: o sistema feudal.⁸¹

Esse sistema, no plano social, caracterizou-se pela ruptura da relação Estado-cidadão em prol de uma nova estrutura, marcada pela descentralização de poder e pelas relações entre senhor e vassalo. Isso fez com que o feudalismo, para além de consubstanciar um sistema econômico-social, compusesse um sistema político-jurídico, estruturado sobre a concessão de terras do senhor aos vassalos.⁸²

Segundo António Manuel Hespanha⁸³, as titularidades dessa época podem ser divididas em duas modalidades distintas: uma seria a *propriedade dos meios de produção* (titularidade formal) e a outra a *capacidade de pôr em movimento o processo produtivo* (titularidade material).

A primeira seria a propriedade do senhor feudal, a qual correspondia ao *domínio direto* sobre a terra – que atribuía ao detentor os poderes econômicos sobre ela, nomeadamente as decisões sobre as construções, as plantações e mesmo a permanência ou não dos vassalos nos feudos. Já a segunda seria a propriedade do servo, correspondente ao *domínio útil* sobre a terra – que lhe atribuía as obrigações de trabalhar e de cultivar a terra.⁸⁴

A titularidade material possibilitava ao trabalhador controlar o processo produtivo, de modo que ele tinha autonomia suficiente para trabalhar a terra como melhor lhe aprouvesse, podendo, assim, usar a técnica que ele julgasse mais adequada, independentemente da vontade do proprietário do domínio direto, que,

⁸¹ HESPANHA, António Manuel. **História das instituições: épocas medieval e moderna**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 80.

⁸² Ibidem, pp. 82-85.

⁸³ Ibidem, pp. 92 e 102.

⁸⁴ Ibidem, p. 93.

apenas de forma refratária, interferia no processo produtivo por meio do montante da produção que ele podia exigir do servo.⁸⁵

Essa divisão, aparentemente translúcida, guarda uma série de complicações, desdobramentos e sobreposições. Com efeito, o *domínio direto* consubstanciava quase que um monopólio do senhor sobre a terra, entretanto, isso não impedia que um senhor destacasse uma faixa de seu feudo e a submetesse a um vassalo, que poderia fazer o mesmo e desdobrar, assim, o seu senhorio a outro detentor, e assim por diante, tudo isso sem que um excluísse a propriedade do outro.

Esse é só um exemplo para ilustrar a impossibilidade de se investigar a propriedade feudal tendo-se em mente a síntese da propriedade moderna, centrada no direito individual do proprietário, segundo o qual a “propriedade é sempre um mínimo de pertencimento, de poderes exclusivos e dispositivos conferidos a um determinado sujeito pela ordem jurídica”⁸⁶, isso porque esta é uma concepção relativa à Modernidade, que pressupõe um direito tendencialmente ilimitado e abstrato, que sujeita, inclusive, os demais indivíduos da sociedade ao exercício desse direito.

Na Idade Média, sequer havia composições sobre o individualismo ou sobre o sujeito de direitos; “trata-se de um ambiente histórico em que é claro o primado do *todo* sobre o *singular*, e onde, portanto, a figura do sujeito proprietário - dependente de uma visão individualista e antropocêntrica - ainda não encontra lugar”⁸⁷.

Assim, no que tange ao conceito de *propriedade*, a despeito

[...] da sua continuidade *terminológica*, existem rupturas decisivas no seu significado *semântico*. O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, é eminentemente relacional ou local.⁸⁸

A propriedade feudal se pautava na *efetividade*, no uso da coisa conforme suas possibilidades e potencialidades, não existindo, assim, uma relação abstrata

⁸⁵ HESPANHA, António Manuel. **História das instituições: épocas medieval e moderna**. Coimbra: Almedina, 1982, pp. 94-95.

⁸⁶ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6.

⁸⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. A 'lei de terras' e o advento da propriedade moderna no Brasil. *In: Anuario Mexicano de história del derecho*, Mexico, XVII, 2005, pp. 102-103.

⁸⁸ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Boiteux, 2005, pp. 26-27.

que envolvesse o sujeito, a coisa e os demais indivíduos. Caso o termo *posse* seja empregado atecnicamente, em sentido lato, é possível afirmar, segundo Paolo Grossi, que a sociedade feudal se tratava de uma *civilização possessória*.⁸⁹

Isso, ao contrário do que possa parecer, fazia com que as *relações de pertencimento* havidas na Idade Média fossem bem mais complexas do que as concebidas pelo Direito moderno.⁹⁰

A propriedade de uma mesma coisa [era] dividida em vários domínios, isto é, um direito de propriedade que não exclui os outros da relação com a mesma amplitude e que permite a existência de possuidores de títulos de diversos sobre uma mesma coisa.⁹¹

Destaque-se, segundo os ensinamentos de Sérgio Staut, que a acepção de *relações de pertencimento* não se restringe ao “sentido individual que o significante (pertencimento) geralmente indica”⁹², mas revela, em sentido lato, as situações envolvendo sujeitos e bens.

Era, pois, a terra o principal meio de produção, a base sobre a qual se erigia a economia, a sociedade, a política e o direito feudais.⁹³ Mais do que um poder sobre a coisa, o direito de propriedade refletia um poder político sobre o servo, que sofria limitações à sua autonomia e submetia o seu trabalho ao domínio do senhor feudal.⁹⁴

Devido a essa importância central,

A constituição jurídica fundiária se reflectia ainda o interesse nobiliárquico em perpetuar a sua posição dominante no plano das relações agrárias, impedindo a dispersão e alienação do seu fundo de terras. Isso era conseguido, por um lado, através da proibição de alienação dos bens das instituições religiosas (amortização) e, por outro, através da criação e progressiva extensão dum regime de indivisibilidade e inalienabilidade da propriedade nobiliárquica [...], cuja instituição estava sujeita a autorização

⁸⁹ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 45.

⁹⁰ STAUT, Sérgio. **A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916**. Tese de Doutorado em Direito. Curitiba, UFPR, 2009. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19305/TESE-COMPLETA-STAUT.pdf?sequence=1>>. Acesso em 05 nov. 2011. p. 6.

⁹¹ GASSEN, Valcir. A natureza histórica da instituição do direito de propriedade. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 85.

⁹² STAUT, Sérgio. Op. Cit., p. 4.

⁹³ HESPANHA, António Manuel. **História das instituições: épocas medieval e moderna**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 101.

⁹⁴ GASSEN, Valcir. Op. Cit., p. 85-86.

régia (depois, do Desembargo do Paço) e era na prática reservada a nobres.⁹⁵

Nesse sentido, sintetiza Paolo Grossi:

A propriedade medieval é uma entidade complexa e composta, tanto que parece até mesmo indevido o uso daquele singular: tantos poderes autônomos e imediatos sobre a coisa, diversos em qualidade segundo as dimensões da coisa que os provocou e legitimou, cada um dos quais encarna um conteúdo proprietário, um domínio (o útil e o direto), e cujo feixe compreensivo reunido por acaso em um só sujeito pode fazer dele o titular da propriedade sobre a coisa. Fique bem claro que essa propriedade não é porém uma realidade monolítica, a sua unidade é ocasional e precária, e cada fração leva em si a tensão a tornar-se autônoma e a força para realizar o desmembramento; nem são necessários somente atos de disposição para provocá-lo, mas frequentemente mesmo simples atos de administração do proprietário (por exemplo, em certas condições, até um contrato agrário) podem levar à divisão em muitas facções da unidade composta. Essa relativa subjetividade, essa unidade tão frágil, têm motivações precisas, e nós as conhecemos: vêm à tona na vontade do ordenamento de construir o pertencimento partindo da coisa e de condicioná-lo às exigências desta.⁹⁶

Não obstante o que foi até aqui explanado, a partir do século XI essa cultura jurídica fragmentária do feudalismo – que “das coisas liberava um emaranhado de instâncias concretas e dava corpo a uma ordem jurídica aderentíssima, não pensada, não sistematizada, não esquematizada, mas aderentíssima”⁹⁷ – começou a mudar devido a vários fatores, como, por exemplo, o aumento da densidade demográfica, o uso de ferramentas agrícolas, o crescimento do excedente de produção e o conseqüente desenvolvimento do comércio.⁹⁸

É também nesse período que se desenvolvem os trabalhos dos glosadores sobre o *Corpus Iuris Civilis*, iniciando-se, assim, a formação do *Ius Commune*. Paolo Grossi assevera que a formação desse direito, conduzido, em boa medida, pela Escola de Bolonha, deu-se em um momento de maturidade do direito medieval.⁹⁹

Esse quadro permitiu que a propriedade feudal, antes monopólio das classes nobres e desatreladas de quaisquer ambições individuais, cuja efetividade se dava por meio da exploração dos trabalhos servis, passasse a ser transmitida a não-

⁹⁵ HESPANHA, António Manuel. **História das instituições: épocas medieval e moderna**. Coimbra: Almedina, 1982, pp. 102-103.

⁹⁶ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 66.

⁹⁷ Ibidem, p. 48.

⁹⁸ GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. 11. ed. Roma-Bari: Laterza, 2004, pp. 125 e ss.

⁹⁹ Ibidem, p. 127.

nobres (*herdadores, homens bons*), a militares (*cavaleiros-vilãos*) e mesmo a ser atreladas a prestações econômicas relativas ao comércio.¹⁰⁰

Destaque-se que tudo isso se projetava para um mundo cada vez mais interativo, fruto da expansão das relações comerciais entre as cidades e fator determinante à consolidação das corporações de ofício.¹⁰¹

Essas rupturas sócio-econômicas não passaram imunes ao Direito e à filosofia feudais, conforme destaca António Manuel Hespanha:

O progressivo conhecimento do direito justinianeu e da legislação dos imperadores do Sacro-Império incluída no *corpus iuris* medieval modificou a política real em relação aos poderes dos senhores. Começa a ganhar corpo [...] a ideia de que o rei é o titular natural de certos poderes e que a sua detenção pelos conheres ou comunidades subordinados só se explica em termos de uma sua [*sic*] concessão pelo rei. Claro que isto, num primeiro momento, não vem alterar substancialmente a situação de facto, até porque o rei não tinha meios materiais para exercer efectivamente os seus direitos reais em todo o reino. Mas, no plano ideológico-jurídico, começou a ficar estabelecido que certos poderes, ainda que exercidos pelos senhores, pertenciam por natureza ao rei e só por delegação estavam na posse de outrem.¹⁰²

No campo da filosofia, assevera Michel Villey¹⁰³ que os pensamentos de São Tomás de Aquino e da Escola Escolástica, em boa medida impulsionados por Guilherme de Ockham, imprimiram significativa influência sobre a transformação do pensamento medieval; “desprezando o geral em benefício do singular”¹⁰⁴, implantou-se a semente do *individualismo* e do que hoje conhecemos por *direito subjetivo*.

Isso, em última análise, alterou o foco sobre as relações de pertencimento e impôs à sociedade um modo de pensar fulcrado na *vontade* do indivíduo, compondo, assim, as bases do que hoje concebemos por *propriedade privada*.

Destarte, impende aclarar como essa propriedade foi legitimada na modernidade, quais os fundamentos que passaram a justificar as relações de

¹⁰⁰ HESPANHA, António Manuel. **História das instituições: épocas medieval e moderna**. Coimbra: Almedina, 1982, pp. 128-129.

¹⁰¹ GASSEN, Valcir. A natureza histórica da instituição do direito de propriedade. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 85-86.

¹⁰² HESPANHA, António Manuel. Op. Cit., pp. 162-163.

¹⁰³ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 179-225.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 229.

pertencimento individualizadas. Trata-se de analisar como foi formado o *discurso* que passou a sustentar a *propriedade moderna*.

3.3 A ABSTRAÇÃO DA PROPRIEDADE MODERNA: COMO A PROPRIEDADE SE TORNOU PRINCÍPIO DE ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA CAPITALISTA

O início da Idade Moderna é marcado pelas rupturas estabelecidas no sistema feudal em decorrência da alteração da economia e da mutação da própria organização social, processo este caracterizado pela centralização do poder político nas mãos do monarca, que passou a deter, também, o poder jurídico, *modificando o próprio equilíbrio das fontes normativas*.¹⁰⁵

Se de um lado há centralização na produção do Direito, de outro, há o incremento da arbitrariedade do *soberano legislador*, cujo limite de atuação não está muito aquém da origem de sua legitimação divina; eis que se dá o choque entre o tirano e o burguês ascendente, que reclama sua parcela de pertencimento frente à concessão de poder e governabilidade ao soberano. Nesse sentido está Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

A centralização do poder político que se verifica no final da Idade Média, com a formação dos Estados nacionais, é acompanhada, em um primeiro momento, por uma exacerbação do poder do soberano. Tal centralização acaba por consolidar uma unidade das fontes de produção jurídica, que, sem embargo, mantém o poder político nas mãos de uma aristocracia e, mais que isso, nas mãos de um soberano, cujo poder é pretensamente legitimado pela vontade divina.

Ao indivíduo, resta a segurança a que se refere Hobbes, que seria oferecida pelo Leviatã, evitando a guerra de todos contra todos.

Nada obstante isso, a progressiva ascensão da burguesia demandou uma ampliação do espaço de liberdade do indivíduo burguês, seja como libertação da tirania, seja, sobretudo, com espaço de acumulação de propriedade.¹⁰⁶

Assim, é possível dizer que a concepção atual de propriedade foi sendo estruturada conforme o avanço e o desenvolvimento de uma determinada classe; estamos a falar da burguesia, que conforme foi se destacando das atividades

¹⁰⁵ HESPANHA, António Manuel. **História das instituições: épocas medieval e moderna**. Coimbra: Almedina, 1982, pp. 479-480.

¹⁰⁶ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Locke e a formação da racionalidade do Estado Moderno: o individualismo proprietário entre o público e o privado. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo [Org.] **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 65.

agrícolas e foi incrementando a mercantilização de bens e o intercâmbio com outros povos.

Esta nova classe, como destaca Friedrich Engels, “não se ocupa da produção e sim, exclusivamente, da troca dos produtos.”¹⁰⁷ E é justamente por depender do trânsito jurídico das titularidades que esta classe passa a exigir destas um tratamento mais uniforme, menos caótico do que aquele evidenciado nas relações de pertencimento medievais, mais simples e passível de mercantilização, de livre troca no mercado em que atua.

Passa, portanto, segundo Paolo Grossi, a propriedade por uma ruptura, que se encarrega de sua simplificação e de sua redução a um título comerciável, passível de troca, mercantilizável. Em suma, a propriedade se torna simples e abstrata:

Noção simples, portanto, a propriedade, como é simples uma virtude, uma vontade, uma intenção, um ato interior. O procedimento libertatório colocado em ato pela cultura moderna desagrega-a das coisas para agregá-la ao intra-subjetivo; e uma segunda aquisição, ao lado da simplicidade, junta-se a ela e a ela é consequente. Simplicidade que dizer também purificação extrema da relação, quer dizer que conseguiu se livrar do empecilho dos conteúdos mais variados para fazer dela aquilo que, com a terminologia dos teólogos voluntaristas, poder-se-ia definir como *potentia*. A propriedade já é, nesta versão tão exasperadamente subjetivista, uma capacidade, capacidade de envolver e dominar todo conteúdo, rejeitando portanto todo conteúdo como contribuição à sua quididade. O conteúdo já é somente um acidente, que nunca está em condições de repercutir sobre a substância da relação. **Ao lado – a atrás – da simplicidade, eis o segundo traço tipificador da propriedade nova: a abstração.**¹⁰⁸ (grifos nossos).

Nesse sentido está a crítica de Carlos Frederico Marés:

O desenvolvimento da concepção de propriedade atual foi sendo construída com o mercantilismo, com trezentos anos de elaboração teórica controversa e incerto desenho (séculos XVI, XVII e XVIII), **baseados na prática e na necessidade das classes sociais nascentes**; e duzentos anos de sua realização prática (séculos XIX e XX), com lutas e enfrentamentos e, principalmente, mudanças internas, concessões, falácias, promessas poéticas e violência desmesurada, guerras. **Hoje é visível a crise deste modelo**, o Estado e a propriedade, assim concebidos

¹⁰⁷ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982, p. 186.

¹⁰⁸ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 71.

e realizados, chegaram a seu esgotamento teórico e prático.¹⁰⁹ (grifos nossos)

Entretanto, antes de se adentrar à crítica a este modelo proprietário, arrimado na abstração das titularidades, impende acarar como se deu sua legitimação perante o Direito, como este modelo – fruto dos anseios de um nova classe que ascendia, e muito, economicamente – foi justificado pelos teóricos modernos para, posteriormente, tornar-se o próprio *princípio organizador do sistema econômico*, a *mentalidade* que fez reduzir o ser humano a mero sujeito da relação jurídica, assim definido aquele que, conforme a lei, tem capacidade para atuar no mundo dos fatos ter seus atos reconhecidos e validados juridicamente.

Segundo Marés, “John Locke (1632-1704) foi o grande pensador da propriedade contemporânea”¹¹⁰, tendo ele analisado e organizado a defesa da propriedade abstrata, destinada ao trânsito jurídico que tanto interessava à classe burguesa.

Não obstante o exposto, não devemos restringir as elaborações teóricas de Locke acerca da propriedade a essa perspectiva que vislumbra a burguesia como classe dominante. Antes disso acontecer, à época em que Locke elaborou os *dois tratados sobre o governo civil*, a Inglaterra vivia sob o influxo da arbitrariedade da realeza, que justificava seus abusos por meio de sua legitimação divina.

Nesse sentido, o primeiro tratado de Locke se destina a refutar a tese d’O *Patriarca*, de Robert Filmer, que aduzia serem os monarcas ingleses descendentes diretos de Adão, daí porque sua natural autoridade paterna sobre os demais. Apesar de Locke defender o sistema monárquico, ele atribui a legitimidade do monarca não à sua divindade, mas ao consentimento de seus súditos, limitando o seu poder outrora tendencialmente absoluto.¹¹¹

Em seu segundo tratado, publicado em 1690, após a Revolução Gloriosa de 1688, Locke reafirma que a legitimidade do monarca deriva do consentimento de seus súditos, defendendo que a eles é assegurado o direito de resistência, de deposição do soberano caso este não aja conforme os interesses dos súditos. Além

¹⁰⁹ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, pp. 17-18.

¹¹⁰ Ibidem, p. 23.

¹¹¹ WEFFORT, Francisco C. [Org.] **Os clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, ‘O Federalista’, Vol. 1. 11. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 84.

disso, Locke dissecou a origem, a extensão e o objetivo do governo civil, defendendo veementemente a liberdade individual e a tolerância religiosa.¹¹²

Ao fazer tal análise, Locke estampa a nova fundamentação da propriedade, legitimando teoricamente não apenas um novo modelo de titularidade como também a própria Revolução de 1688, conferindo, assim, tutela à liberdade individual.¹¹³

Diferentemente de Hobbes, Locke pensava no *estado de natureza* como uma época em que o homem vivia livremente, em pé de igualdade em plena paz com os demais, desfrutando livremente da propriedade, uma vez que esta seria um direito natural do homem e, portanto, anterior ao Estado, sendo a este vedado violar tal direito natural.¹¹⁴

Além disso, Locke justificou a propriedade privada pelo *valor do trabalho*, fundamento originário da possibilidade de apropriação, defendendo, ainda, a possibilidade de acumulação de riquezas pela possibilidade de se comprar o trabalho de outrem, uma vez que o “limite da propriedade era fixado pela capacidade de trabalho do ser humano.”¹¹⁵

Nesse sentido, o Estado para Locke somente faz sentido caso este assegure todas as liberdades individuais, sendo, deste modo, desarrazoada qualquer intervenção do Estado na esfera individual sob pena deste perder sua própria razão de ser, qual seja, garantir a liberdade individual do homem.¹¹⁶

Eis que *a propriedade é absolutizada e sua acumulação é potencializada*, sendo, assim, posta fora da esfera de intervenção estatal e passando a ser destinada à plena garantia de satisfação individual do proprietário, cujo interesse sobre o bem está acima de qualquer outro interesse, já que diz respeito à própria “liberdade” do homem, do indivíduo proprietário.

¹¹²WEFFORT, Francisco C. [Org.] **Os clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, ‘O Federalista’, Vol. 1. 11. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 84.

¹¹³PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Locke e a formação da racionalidade do Estado Moderno: o individualismo proprietário entre o público e o privado. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo [Org.] **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 67.

¹¹⁴WEFFORT, Francisco C. Op. Cit., p. 85.

¹¹⁵Ibidem.

¹¹⁶BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna**. Brasília: Brasiliense, 1994, p. 73.

Conforme Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, segundo esta concepção, “o limite do Estado é o limite da propriedade individual.”¹¹⁷ Destaque-se que a liberdade, neste norte, refere-se tão-somente à liberdade formal, à retórica igualdade formal existente entre sujeitos que tudo podem em uma relação jurídica abstratamente concebida.

Laura Beck Varela assevera que, “nesse contexto, **o direito de propriedade aparece como direito absoluto, exclusivo, ilimitado, sagrado, inviolável, de usar, gozar e dispor [da coisa]**, consagrado no apogeu do liberalismo pelo artigo 544 do Código Civil francês.”¹¹⁸ (grifos nossos).

A autora destaca, ainda, que, de origem notadamente romanista, “a menção às faculdades de usar, gozar, dispor, é signo do legado das elaborações dos comentadores, que vestem a roupagem do individualismo”¹¹⁹. Nesse sentido, “utilizados em novo contexto, [...] estes utensílios passam a qualificar a propriedade moderna, que, em sua ‘dimensão-ruptura’, é um direito eminentemente individualista.”¹²⁰

E é justamente nesse sentido que a propriedade é convertida em princípio organizador do sistema, lastro sobre o qual se organizará toda a economia e toda a sociedade a partir de então, viabilizando a utilização individualizada dos bens e permitindo as trocas econômicas, determinando, também, o modo de agir e a forma como serão engendradas as relações entre os sujeitos neste complexo ambiente inter-subjetivo, cujo ator principal é o *indivíduo proprietário*, detentor da única máscara que habilita a *persona* a atuar neste corrosivo palco de horrores: a máscara da *propriedade*.

Não obstante as rupturas estabelecidas no início do século XX, dentre as quais se destaca a funcionalização da propriedade pela Constituição de Weimar¹²¹, verifica-se que este *individualismo possessivo*¹²² principiado, em certa medida, por

¹¹⁷ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Locke e a formação da racionalidade do Estado Moderno: o individualismo proprietário entre o público e o privado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo [Org.] **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 72.

¹¹⁸ VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 205.

¹¹⁹ Ibidem, p. 206.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ CORTIANO JR., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 137 e ss.

¹²² MACPHERSON, Crawford Browgh. **The political theory of possessive individualism – Hobbes to Locke**. 13. Reimpressão. New York: Oxford University Press, 1990.

Locke sobreviveu, adaptando-se às vicissitudes de sua funcionalização e disseminando-se discursivamente por meio de uma dada *mentalidade proprietária*¹²³, que transcende as relações de pertencimento com a terra e se liga ao consumismo elevado à máxima potência.

Nesse sentido está Pietro Barcellona:

Através de um processo complexo, que precisamente nos propomos a analisar e decifrar, **a *qualidade de sujeito vem logo transformada em princípio de organização do sistema***. O sistema passou a ser, se é possível utilizar a expressão sem suscitar equívocos, sistema proprietário. **Esta transformação se produz mediante a inclusão da propriedade, transformada em objeto disponível e reproduzível, como princípio organizativo e *razão e regra* de funcionamento do sistema em seu conjunto. Quer dizer, o sistema funciona como produtor, reproduzidor e destruidor de objetos destinados à apropriação e, ao final de seu *ciclo vital*, devolve-nos um sujeito em relação com o objeto consumível (que constitui o suporte do sistema). O sujeito proprietário é transformado em sujeito consumidor.** A qualidade se converteu em uma quantidade: o objeto de *apropriação*, em quanto tal, não é suscetível de determinações que não sejam puramente numéricas.¹²⁴ (grifos nossos)

Arrosta-se, pois, à discussão da propriedade toda a complexidade da sociedade contemporânea, cujo princípio organizador já se encontra para além da propriedade relativa às relações de pertencimento dotadas de concretude; fundada sobre o *discurso proprietário* da modernidade, a propriedade feita *mentalidade* tem sua aplicabilidade potencialmente ilimitada, em especial numa *sociedade de*

¹²³ O conceito de *mentalidade proprietária* está ligado ao caráter eminentemente histórico do Direito, segundo o qual, para além da imperatividade e da coação existe uma determinada organização (ou auto-organização) que apreende o influxo das relações estabelecidas naquele determinado tempo e espaço, passando a encontrar validade axiológica no seio da própria sociedade. STAUT, Sérgio. **Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade.** Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 42, Curitiba, 2005, p. 166.

Acrescentamos, ainda, que esta *mentalidade* sofre forte influxo da ideologia disseminada na sociedade, configurando, conforme dispusemos no capítulo anterior, verdadeira *visão de mundo*.

¹²⁴ Tradução livre de: "A través de un proceso complejo, que precisamente nos proponemos analizar y descifrar, la *calidad del sujeto* viene luego transformada en *principio de organización del sistema*. El sistema ha pasado a ser, si es posible utilizar la expresión sin suscitar equívocos, sistema propietario. Esta transformación se produce mediante la inclusión de la propiedad, transformada en objeto disponible y reproducible, como principio organizativo y *razón y regla* del funcionamiento del sistema en su conjunto. Es decir, el sistema funciona como productor, reproduzidor y destructor de objetos destinados a la apropiación y, al final de su *ciclo vital*, nos devuelve un sujeto en relación con el objeto consumible (que constituye el soporte del sistema). El sujeto propietario es transformado en sujeto consumidor. La cualidad se ha convertido en una cantidad: el objeto de *apropiación*, en cuanto tal, no es susceptible de determinaciones que no sean puramente numéricas." BARCELLONA, Pietro. **Diritto Privato e società moderna.** Napoli: Jovene, 1996, p. 91.

hiperconsumo, marcada pela *massificação*, pela *liquidez* e pela *democratização* do consumismo desenfreado.¹²⁵

Frente a este desafio, adentraremos à investigação das funções da propriedade, tentando compreender como a função social da posse e da propriedade pode representar uma possível ruptura a este discurso proprietário historicamente estabelecido, contribuindo para a emancipação da pessoa humana, do sujeito concretamente considerado.

¹²⁵ LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

4 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E DA PROPRIEDADE: UMA POSSIBILIDADE NORMATIVA PARA A EMANCIPAÇÃO DO SUJEITO CONCRETO

*A funcionalização em sentido social constitui agora algo mais que a simples determinação de um fim ou da manipulação direta por parte do legislador do conteúdo do direito de propriedade. A reserva de lei [...] pode atuar também como instrumento para conseguir a individualização e a investidura dos sujeitos chamados a concorrer às decisões capazes de realizar o máximo de interesse coletivo que possa ligar-se ao exercício do direito de propriedade.*¹²⁶

O termo *função*, tal qual os significantes posse e propriedade, é dotado de historicidade, de pluralidade de significados, tendo sofrido ao longo do tempo alterações em sua abrangência e quanto à sua compreensão, especialmente pelo influxo das diferentes ideologias que dele se valeram para compor construções sociológicas e jurídicas.

Nesse sentido, sem a pretensão de uma exploração histórica exauriente, adentrar-se-á ao estudo da *função* sob uma perspectiva histórica, tendo-se em mente a mesma racionalidade sob a qual a investigação acerca da propriedade foi traçada, qual seja, a ideia de descontinuidade e de historicidade dos termos empregados pelo discurso jurídico.

É, assim, reconhecendo que suas significações foram sendo alteradas ao longo da evolução do Direito e da própria sociedade, que se busca, neste trabalho, refletir sobre a compreensão do termo *função social* na atualidade, bem como acerca de sua aplicação sobre os institutos da posse e da propriedade.

¹²⁶ Tradução livre de: “La funcionalización en sentido social constituye ahora algo más que la simple determinación de un fin o la manipulación directa por parte del legislador del contenido del derecho de propiedad. La reserva de ley [...] puede jugar también como instrumento para conseguir la individualización y la investidura de los sujetos llamados a concurrir a las decisiones capaces de realizar el máximo de interés colectivo que pueda ligarse al ejercicio del derecho de propiedad.” RODOTÀ, Stefano. **El terrible derecho**: estudios sobre la propiedad privada. Madrid: Editorial Civitas, 1986, p. 423.

4.1 A FUNÇÃO COMO CONTRIBUTO

Considerado um dos primeiros autores a tratar das teorias sociológicas do Direito, Rudolf von Ihering, expoente da Escola Pandectista do século XIX, propugnou que haveria nos institutos jurídicos uma necessária designação social, que transcendia o indivíduo para, assim, tutelar os interesses da comunidade como um todo.¹²⁷ Nesse sentido, pode-se concebê-lo, em certa medida, como um dos precursores daquilo que hoje se denomina *função social do Direito*.

Ihering dividiu os interesses humanos em duas classes, os individuais e os sociais (relativos à comunidade como um todo), afirmando que os interesses individuais apenas se perfazem plenamente quando cooperam com a realização dos interesses sociais, fim último do Estado:

Os fins de toda a existência humana dividem-se em dois grandes grupos: os de *indivíduos* e os de *comunidade (sociedade)*. Esta distinção constituirá a base do nosso exame. Eu não pretendo, como o direito natural, despedaçar arbitrariamente a relação histórica que une o indivíduo à sociedade, isolando-o, e opondo esta *existência para si*, puramente imaginária, à *existência para outrem*, ou á vida real na sociedade. Eu tomo o homem na posição que elle occupa de facto no mundo real. Prescrutando a sua vida eu irei revelar n'ella os fins que teem por objecto a sua própria pessoa com exclusão da sociedade, isto é, de qualquer outra pessoa, de qualquer outro fim superior. Estes fins, que nascem do individuo e a elle regressam, são, como se sabe, designados pelo nome de *fins egoístas*. Entre estes apenas três merecem a nossa atenção: vou dispô-los em ordem sob a denominação geral de *afirmação individual ou egoísta de si*, distinguindo-os segundo as suas diversas tendências de afirmação — *physica, económica, jurídica*. **Os fins que compõem o segundo grupo, são os fins sociaes, ou os que teem por objecto a vida em commum, e aos quaes se liga também a missão do Estado. O seu interesse, para nós, não reside n'elles mesmos: importamnos pela maneira por que a sociedade e o Estado chamam o individuo a cooperar na sua realização. A actividade desenvolvida pelo individuo n'este sentido, será exactamente qualificada pela designação de social.** Dois móbeis geram a acção social do individuo. Já conhecemos o primeiro, o *egoísmo*. O Estado e a sociedade subordinam-no por meio da recompensa e do castigo. O segundo móbil é o que nos dá a chave do problema da abnegação. É o sentimento do destino moral da existência: o individuo não existe só para si, antes é solidário com toda a humanidade. Obedecendo a este sentimento e realizando assim o fim supremo da sua existência, o homem afirma-se a si mesmo, e os actos d'esta categoria constituirão o que eu chamarei a *afirmação moral do individuo*.¹²⁸ (grifos nossos)

¹²⁷ LATORRE, Angel. **Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 185.

¹²⁸ IHERING, Rudolf von. **A evolução do Direito**. Lisboa: José Bastos, 1963, pp. 52-53.

Para Ihering, “não existe nenhuma proposição jurídica que não deva a sua origem a um fim, ou seja, a um motivo prático”¹²⁹, e este motivo prático está atrelado a *proposições jurídicas singulares*, relativas ao indivíduo, que apenas pode se identificar como tal se estiver dentro de uma sociedade, uma vez que “não há vida humana que exista unicamente para si mesma; toda vida existe ao mesmo tempo para o mundo; todo homem, por ínfima que seja a posição que ocupa, colabora ao fim da civilização da humanidade.”¹³⁰

Em suma, para a teoria de Ihering, “a promoção recíproca dos fins de todos os seus membros é a essência de toda a espécie de sociedade”¹³¹; com isso, é possível dizer que “Ihering já sustentava finalidades sociais às quais se destinam propriedade, contrato e família”¹³², sem se filiar a uma corrente socialista ou comunista.

A tese que acabo de expor se sintetiza em duas palavras: afirmar o caráter social dos direitos privados. **Todos os direitos de direito privado, mesmo aqueles vinculados que têm o indivíduo por fim imediato, estão influenciados e vinculados por considerações sociais.** Não há um só direito cujo sujeito possa dizer: esse direito lho possuo exclusivamente para mim, sou amo e senhor dele, e a lógica jurídica impede que a sociedade ponha limites ao exercício do meu direito. **Não é necessário ser profeta para prever que a concepção social do direito privado substituirá pouco a pouco a concepção individualista. A propriedade se transformará e há de chegar o tempo em que a sociedade não reconheça ao indivíduo esse pretensão direito de acumular o maior número de riquezas possível,** de reter exclusivamente para si extensões de terra capazes de alimentar milhares de homens, assegurando-lhes uma existência independente, como já não reconhece o direito de vida e de morte do pater familias romano, o direito da guerra, a pilhagem do senhor feudal e o direito dos naufragadores da Idade Média. **A propriedade privada existirá sempre,** e o direito de sucessão não desaparecerá jamais; **as ideias socialistas e comunistas que querem sua abolição são puras utopias. Mas se pode contar com a criatividade de nossos políticos para gravar a propriedade privada com impostos progressivos** sobre as rendas, sobre as sucessões, o lucro, etc., **de modo que venha o excesso**

¹²⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 59.

¹³⁰ Tradução livre de: “No hay vida humana que exista únicamente para sí misma; toda vida existe al mismo tiempo para el mundo; todo hombre, por ínfima que sea La posición que ocupe, colabora al fin de La civilización de la humanidad.” IHERING, Rudolf von. **El Fin en el Derecho**. Buenos Aires: Atalaya, 1946, p. 42.

¹³¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 60.

¹³² PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 166.

em benefício dos cofres públicos e que permita aliviar a carga tributária a certas partes do corpo social.¹³³ (grifos nossos)

Auguste Comte, considerado o precursor da sociologia e do positivismo, no final do século XIX, partiu de uma interessante ideia de complexidade social para desenvolver seus estudos, porém, afastando-se de qualquer acepção axiológica em suas análises, ironicamente, acabou por insular o significante *social*, afastando-o daquilo que lhe é próprio, dos valores criados e compartilhados no seio da própria sociedade, tratando-a de forma objetiva, como se a ela pudesse ser investigada tal qual uma ciência natural:

A sociologia é entendida por Comte no mais amplo sentido da palavra, incluindo uma parte essencial da psicologia, toda a economia política, a ética e a filosofia da história. Da mesma forma como protesta contra a abordagem dos fenômenos psicológicos individuais independentemente do desenvolvimento mental da raça, Comte opõe-se também ao isolamento da política e da ética em relação à teoria geral da sociedade. Comte ressaltou ainda que os objetos das ciências sociais não devem ser tratados independentemente do curso de desenvolvimento revelado pela história.¹³⁴

Mesmo que não diga respeito diretamente ao Direito, impende destacar que Comte desenvolveu uma interessante teoria positivista acerca da *função*; ele tentou compreender a humanidade como um todo, vislumbrando no ofício de cada homem a sua função para com a harmonia geral:

¹³³ Tradução livre de: "La tesis que acabo de exponer (núm. 213) se sintetiza em dos palabras: afirmar el carácter *social* de los derechos privados. Todos los derechos del derecho privado, aun aquellos que tienen al individuo por fin inmediato, están influídos y vinculados por consideraciones sociales. No hay uno solo cuyo sujeto pueda decir: este derecho lo poseo exclusivamente para mí, sy amo y señor de él, y la lógica jurídica impide que la sociedad ponga límites al ejercicio de mi derecho. No es necesario ser profeta para prever que la concepción social del derecho privado substituirá poco a poco a la concepción individualista. La propiedad se transformará y ha de llegar un tiempo en que la sociedad no reconozca al individuo ese pretensible, de retener para él solo extensiones de tierra capaces de alimentar millares de hombres, asegurándoles una existencia independiente, como no reconoce ya el derecho de vida y muerte del padre romano, el derecho de la guerra, el pillaje del señor feudal, el derecho de los naufragadores de la Edad Media. La propiedad privada existirá siempre, el derecho de sucesión no desaparecerá jamás; las ideas socialistas y comunistas que quieren su abolición son puras utopías. Pero se puede fiar en la inventiva de nuestros políticos para gravar la propiedad privada mediante impuestos progresivos sobre las rentas, sobre las sucesiones, el lujo, etcétera, de modo que venga el exceso en beneficio de la caja del Estado y permita aliviar de la carga a tales o cuales partes del cuerpo social." IHERING, Rudolf von. **El Fin en el Derecho**. Buenos Aires: Atalaya, 1946, p. 256.

¹³⁴ GIANNOTTI, José Arthur. Comte (1798-1857) – Vida e Obra. In: GIANNOTTI, José Arthur [Org.] **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. XIII.

Com efeito, cada servidor da Humanidade deve sempre ser apreciado sob dois aspectos distintos, embora simultâneos, primeiro, em relação ao seu ofício especial, depois, quanto à harmonia geral. O primeiro dever de todo órgão social consiste, sem dúvida, em bem preencher sua própria função. Mas a boa ordem exige também que cada um assista, tanto quanto possível, à realização dos outros ofícios quaisquer. Semelhante atributo torna-se mesmo o caráter principal do organismo coletivo, em virtude da natureza inteligente e livre de todos os seus agentes.¹³⁵

Deste modo, Comte ofereceu as bases sobre as quais viriam a trabalhar Durkheim, em especial a questão da solidariedade e da divisão social do trabalho como uma forma de busca por coesão social¹³⁶, e Leon Duguit, um dos marcos precursores do conceito jurídico de função social da propriedade.¹³⁷

Duguit, arrimando-se em boa medida sobre as teorizações de Auguste Comte, seguiu os ensinamentos deste e passou ao largo de qualquer aspecto axiológico do Direito para não perder a objetividade no estudo positivista de seu objeto, a sociedade.¹³⁸

Logo no início do século XX – antes mesmo das rupturas do discurso proprietário anunciadas, em especial, pela Constituição de Weimar –, “o que Duguit afirma é que as pessoas têm funções sociais, entre as quais estão a liberdade e a propriedade”¹³⁹, vale dizer, a liberdade e a propriedade para Duguit não têm função social, mas são a própria função, devendo ser direcionada à manutenção da solidariedade, da coesão do todo, da sociedade.

É nesse sentido que Duguit, em 1911, em uma palestra proferida na cidade de Buenos Aires, que viria a ser publicada um ano depois, sentenciou: “a propriedade não é um direito; ela é uma função social”¹⁴⁰, representando, pois, um papel essencial na manutenção da coesão social.

¹³⁵ COMTE, Auguste. **Catecismo Positivista** – Nona Conferência. In: GIANNOTTI, José Arthur [Org.] Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 255.

¹³⁶ ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. 8. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2000, pp. 314 e ss.

¹³⁷ MIROW, Matthew C. **The Social-Obligation Norm of Property**: Duguit, Hayem, and Others. Florida Journal of International Law, Vol. 22, pp. 191-226, 2010.

¹³⁸ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 167.

¹³⁹ Ibidem, p. 172.

¹⁴⁰ Tradução livre de: “Mais la propriété n’est pas un droit; elle est une fonction sociale.” DUGUIT, Leon. **Lês Transformations Générales du Droit Prive Depuis le Code Napoléon**. 2. ed. Paris: Felix Alcan, 1920, p. 21.

Destaque-se que Duguit não defendia a extinção da propriedade, mas, sua conversão em função, o que se dava paralelamente à derrubada das fronteiras entre público (*imperium*) e privado (*dominium*):

[...]. Eu acredito, e é isso que eu quero mostrar como resultado dessas conferências, que hoje a companhia francesa vai se livrar das definições, destes conceitos metafísicos de “dominium” e de “imperium”, que vai desenvolver um regime político do qual será completamente eliminada a noção de poder, de sistema público, social e econômico, que será completamente eliminada a noção de “dominium”, isto é, o conceito de propriedade, direito individual do indivíduo. Eu não estou dizendo que a propriedade privada desaparece, mas apenas que ela deixa de ser um direito individual para se tornar uma função social [...].¹⁴¹

Entretanto, a propriedade como função e a derrubada das fronteiras entre o público e o privado, para Leon Duguit, são significantes que não guardam correspondência para com a doutrina contemporânea, em especial, para com o pensamento crítico do civil-constitucionalismo de Luiz Edson Fachin¹⁴², que vislumbra na transposição das barreiras entre o público e o privado uma possibilidade de funcionalização da propriedade, sem, entretanto, suplantarem ambas as esferas, permitindo que haja a intervenção pública sobre a esfera privada quando estiverem em jogo interesses socialmente relevantes, assim definidos por uma hermenêutica principiológica constitucional.

Duguit blindava estas concepções do inexorável influxo axiológico que lhes permeia, tornando o modo como determinado indivíduo usa (ousamos dizer, abusa) da propriedade a própria função dirigida ao todo, chegando a afirmar que “o proprietário capitalista é investido de uma determinada função social.”¹⁴³ Logo, a

¹⁴¹ Tradução livre de: “[Mais je crois bien que c’était pour la dernière fois]. J’estime, et c’est ce que je voudrais montrer dans la suite de ces conférences a qu’aujourd’hui la société française va se débarrasser définitivement de ces concepts métaphysiques de dominium et d’imperium, élaborer un régime politique duquel sera complètement éliminée la notion de puissance publique, et un régime économique et social duquel sera complètement éliminée aussi la notion de dominium, c’est-à-dire la notion de propriété, droit subjectif de l’individu. Je ne dis pas que la propriété individuelle disparaisse; je dis seulement qu’elle cesse d’être un droit individuel pour devenir une fonction sociale. [J’insisterai d’ailleurs exclusivement sur la transformation du régime politique.]” DUGUIT, Leon. **Le Droit Social, le Droit Individuel et la Transformation de L’Etat**: Conférences faites a L’École des Hautes Études Sociales. Paris: Felix Alcan, 1908, p. 21.

¹⁴² FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁴³ Tradução livre de: “Le propriétaire capitaliste est investi d’une fonction sociale déterminée.” DUGUIT, Leon. **Le Droit Social, le Droit Individuel et la Transformation de L’Etat**: Conférences faites a L’École des Hautes Études Sociales. Paris: Felix Alcan, 1908, p. 118.

propriedade como função de Duguit não se confunde com a concepção contemporânea de propriedade funcionalizada.

Filiado à matriz jurídico-política que instituiu a Constituição de Weimar, Karl Renner é um dos primeiros a conceber a função social da propriedade dentro de um paradigma de ruptura em relação à noção de propriedade absoluta e abstrata propugnada até então. Com influências notadamente marxistas, Renner investigou de modo bastante crítico a relação existente entre Direito e economia, propondo, então, não o fim da propriedade privada, mas sua conciliação na busca pelo atendimento das necessidades sociais.^{144 145}

Esta tese, intitulada “*Os institutos do direito privado e sua função social*”, foi publicada em 1904 e diz respeito à funcionalização principalmente dos institutos do contrato e da propriedade, os quais, segundo ele, devem estar orientados não por interesses individuais, mas por interesses sociais.

Segundo A. Javier Treviño, neste trabalho:

Renner afirma que as instituições jurídicas desempenham funções sociais e econômicas. Para atingir o fim último de toda a sociedade - a preservação da espécie - todos os sistemas econômicos devem se engajar na produção dos meios de existência. **As instituições jurídicas desempenham, assim, sua função social quando elas são usadas para acelerar a produção e a distribuição dos bens necessários à sobrevivência.** Quando várias instituições legais operam concomitantemente para ajudar um determinado sistema econômico a atingir suas metas de produção, distribuição e consumo, elas estão cumprindo sua função econômica.¹⁴⁶ (grifos nossos)

Renner criticava veementemente o individualismo, buscando colocar os institutos jurídicos em geral, e a propriedade em especial, em função da sociedade,

¹⁴⁴ TREVIÑO, A. Javier. On Karl Renner, The Institutions of Private Law and Their Social Functions. In: TREVIÑO, A. Javier [Editor]. **Classic writings in law and society**. 2. ed. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 2007, pp. 228-229.

¹⁴⁵ RENNER, Karl. **Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale**. Bologna: Società editrice il Mulino, 1981, pp. 46-52

¹⁴⁶ Tradução livre de: “Renner contends that legal institutions perform social and economic functions. In order to achieve the ultimate end of every society – the preservation of the species – all economic systems must engage in the production of the means of existence. Legal institutions perform their social function when they are used to expedite the production and distribution of goods necessary for survival. When several legal institutions operate concomitantly to help a particular economic system achieve its goals of production, distribution and consumption, they are fulfilling their economic function.” TREVIÑO, A. Javier. Introduction to the transaction edition. In: RENNER, Karl. **The Institutions of Private Law and Their Social Functions**. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 2010, p. XVI.

orientando o modo como a propriedade poderia contribuir para o auxílio da coletividade como um todo.¹⁴⁷

Possível crítica à teoria de Renner aflora quando ele valoriza de tal forma o interesse coletivo em detrimento do interesse individual que acaba por superlativá-lo, tornando impossível o seu questionamento, o seu contraponto perante um direito individual, subjugando, por consequência, o indivíduo à coletividade:

Qualquer que seja o estado de evolução em que os homens se relacionam uns com os outros, a sociedade, **a vontade coletiva deve sempre subordinar a vontade individual, a sociedade deve poder dispor de qualquer modo da força de trabalho do sujeito.** Hoje a sociedade é comunidade de trabalho e, como tal, tem seu próprio sistema laboral; do ponto de vista legal, tal ordem é a da subordinação da vontade individual à vontade coletiva.¹⁴⁸ (grifos nossos)

E não é apenas porque Renner afirma que a coletividade deve dispor da força de trabalho do indivíduo que pensamos ser sua teoria criticável, mas, também, porque ele extrai a vontade da coletividade a partir da vontade de seus governantes, daqueles que detém o poder político:

A vontade coletiva, no entanto, não tem uma vida metafísica, [...] ela vem ao mundo como vontade individual dotada de poder, como valor de troca social nessa sua encarnação como dinheiro. **Onde a coletividade comanda – e isso ocorre em todas as sociedades – ela o faz mediante indivíduos que são considerados órgãos de seu poder.** Não existe nenhuma sociedade sem uma ordem de poder.¹⁴⁹ (grifos nossos)

Ao colocar a função social acima de qualquer outro direito, tornando-a absoluta e deslocando o poder de decidir qual o conteúdo dessa função nas mãos dos governantes, a concepção de Renner permitiu que os abusos outrora levados a efeito pelo uso abusivo de direitos absolutos, nomeadamente a propriedade privada,

¹⁴⁷ RENNER, Karl. **Gli istituti Del diritto privato e la loro funzione sociale.** Bologna: Società editrice il Mulino, 1981, p. 52.

¹⁴⁸ Tradução livre de: “Quale che sia lo stadio dell’evoluzione in cui gli uomini sono in rapporto gli uni con gli altri, la società, la volontà collettiva deve sempre subordinare a sé la volontà individuale, la società deve poter disporre in qualche modo della forza lavoro del singolo. Ogni società è comunità di lavoro ed ha in quanto tale il proprio ordinamento del lavoro; dal punto di vista giuridico, tale ordinamento è sottoposizione della volontà individuale alla volontà collettiva.” Ibidem, p. 54.

¹⁴⁹ Tradução livre de: “La volontà collettiva, però, non ha una vita metafisica, [...] viene al mondo come volontà individuale dotata di potere, come il valore di scambio sociale nessa sua incarnazione come danaro. Dove la collettività comanda – e questo succede in ogni società – essa comanda mediante individui che valgono come organi del suo potere. Non esiste alcuna società senza un ordinamento di potere.” Ibidem, p. 53.

agora fossem levados a cabo pela discricionariedade no emprego da função social, tendo sido, segundo Carlos Pianovski, apreendida pelo nazi-fascismo.¹⁵⁰

Inúmeras críticas, e não sem menor razão, sobrevieram à concepção de função social após a Segunda Guerra Mundial, tornando este um tema ainda mais árido e amplamente debatido.¹⁵¹

Já em um momento pós-positivista, Norberto Bobbio reconhece em termos a insuficiência da teoria kelseniana que divide as normas em primárias (prescrevem a conduta a ser obedecida) e secundárias (atribuem uma sanção ao descumprimento da conduta prevista normativamente), passando a propor que o Direito teria duas *funções* precípuas: uma de conservação e outra de transformação.¹⁵²

Bobbio¹⁵³ defende que a função transformadora do Direito é melhor desempenhada por *sanções positivas* que atuam sobre as ações humanas incentivando as condutas pela sociedade desejadas, estimulando-a a agir de determinado modo. Nesse sentido, afirma:

É notória a importância que têm, para uma análise funcional da sociedade, as categorias da conservação e da mudança. Considerando agora as medidas de desencorajamento e as de encorajamento de um ponto de vista funcional, o essencial a se destacar é que as primeiras são utilizadas predominantemente com o objetivo da conservação social e as segundas, com o objetivo da mudança.¹⁵⁴

Os melhores exemplos de sanção positiva residem no Direito Tributário e no Direito Econômico, em que se reduz determinado imposto ou se oferece determinado benefício para que as pessoas ajam de determinado modo querido pela sociedade. Nesse sentido:

O prêmio atribuído ao produtor ou ao trabalhador que supera a norma é um típico ato de encorajamento de um comportamento superconforme, prêmio este que tem a função de promover uma inovação, enquanto qualquer

¹⁵⁰ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s):** repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, pp. 181-182.

¹⁵¹ BARCELLONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno.** Napole: Jovene, 1987, pp. 246 e ss.

¹⁵² PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 171.

¹⁵³ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Barueri: Manole, 2007, pp. 1-32.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 19.

medida destinada simplesmente a desencorajar a transgressão de uma dada norma serve para manter o *status quo*.¹⁵⁵

Por fim, verifica-se que a concepção de função em Bobbio está atrelada à destinação do Direito ou de qualquer um de seus institutos à sociedade, à comunidade compreendida como um todo:

Por ‘função’ se entende a prestação continuada que um determinado órgão dá à conservação e ao desenvolvimento, conforme um ritmo de nascimento, crescimento e morte, do organismo inteiro, isto é, do organismo considerado como um todo.¹⁵⁶

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk critica esta concepção de função por não enxergar os indivíduos que compõem a sociedade, por direcionar seus esforços apenas aos interesses coletivos, ignorando os direitos individuais, afinal, se para Bobbio “a função é a prestação dirigida ao todo, poder-se-ia indagar se o fim não residiria, então, nesse todo, sendo a contribuição um meio para a sua manutenção.”¹⁵⁷

Adicione-se, ademais, que, assim como nem toda sanção positiva é dotada de função promocional na medida em que pode ter seu fim destinado à manutenção do *status quo*, nem toda sanção negativa implica esta manutenção. Um exemplo disso é o IPTU progressivo, norma secundária que é – na medida em que desencoraja determinadas condutas –, mas que representa significativa função transformadora do Direito face à sua forma de aplicabilidade.

Pode-se, ainda, acrescentar que o Direito não guarda correspondência com as ciências naturais, tanto menos com a biologia, motivo pelo qual separar *função* e *estrutura* de modo absoluto pode não corresponder à opção legislativa suscitada por determinada ordem jurídica. Assim, entende-se ser perfeitamente possível que a função seja normativamente integrada à estrutura de certos institutos jurídicos, conformando sua causa justificadora ou constitutiva.

¹⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007, p. 21.

¹⁵⁶ Ibidem, p 93.

¹⁵⁷ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 145.

Voltando à discussão do conceito de função social, Carlos Pianovski afirma que se ela for dirigida única e exclusivamente à sociedade compreendida como um todo, ignorando os sujeitos concretos¹⁵⁸, poder-se-á incorrer no equívoco de conceber a sociedade segundo uma concepção abstrata de organismo, de coletividade, ocultando-se as relações sociais de fato nela desenvolvidas por “uma compreensão de sociedade que transcende vínculos concretos e que reside acima dos indivíduos”¹⁵⁹, ensejando, com isso, o vilipêndio da dignidade da pessoa humana concretamente considerada.¹⁶⁰

Nesse sentido afirma Pianovski:

A noção de função como liberdade(s) preconiza um conceito plural de liberdade, que não se confunde e não se restringe à autonomia da vontade do indivíduo proprietário, bem como consiste em prestações concretas em termos de liberdade destinadas à pessoa em relação.¹⁶¹

E assim conclui o autor:

A enunciação deixa claro o sentido fundamental que aqui se atribui à função: **não se trata de mero limite, mas, sim, de efetivos contributos que esses institutos devem promover em favor dos indivíduos em relação.**¹⁶² (grifos nossos)

Trata-se, pois, de reconhecer a *função como contributo*, como *prestação que pode se dirigir tanto ao todo quanto à parte*, tanto à sociedade quanto às pessoas humanas concreta e correlacionalmente consideradas. Permite-se, assim, que direitos aparentemente contrapostos, quando em choque, possam ser sopesados, arrostando-se ao Direito a complexidade e a força criativa dos fatos.

¹⁵⁸ Sobre o conceito de “sujeito concreto” vide a parte final do ponto 2.3 (*A Ideologia e o Direito*), destacando-se que aqui nos referimos a pessoas concretas, dotadas de vicissitudes e necessidades, cuja realização de uma vida digna depende, materialmente, de determinados bens essenciais.

¹⁵⁹ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, pp. 253.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 252-256.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 257.

¹⁶² *Ibidem*, p. 344.

4.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Apesar de a *função social da propriedade* não ser um elemento novo no sistema positivo brasileiro, tendo sido, inclusive, prevista pela Constituição de 1967, e mantida pela Emenda de 1969, como princípio da ordem econômica e social (art. 160, III, CF/67), o debate acerca de seu significado era reduzido, não guardando abrigo legislativo no Código Civil de 1916 e sendo letra morta no Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64).

Isso ocorria porque a Constituição de 1967 era apenas uma *constituição de papel*, e, assim, nas palavras de Lassalle, “de nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder.”¹⁶³

Sem embargo, a expressão *constituição de papel* não coaduna com uma perspectiva emancipatória, com uma *hermenêutica prospectiva* do texto constitucional, pautada por um sistema jurídico aberto, poroso e plural, que permite a ressignificação de seus significantes pela ação permanente e contínua do sujeito concreto (Luiz Edson Fachin)¹⁶⁴, buscando-se, com isso, extrair a *força normativa* que subjaz ao texto constitucional (Konrad Hesse)¹⁶⁵ segundo a *melhor interpretação possível* dos princípios jurídicos orientados pelas práticas da sociedade (Dworkin)¹⁶⁶.

Entretanto, o termo foi aqui empregado por traduzir este momento ditatorial da história brasileira, em que a ordem jurídico-constitucional havia sido imposta à força por um poder político ilegítimo e autoritário, que, segundo José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, sequer traduzia um Estado de legalidade:

Não vive o Brasil em um Estado de Direito. A rigor, dado o permanente poder de alteração da Constituição e das leis ordinárias de que dispõe o Presidente da República, é de duvidar-se até mesmo que seja o nosso um Estado de legalidade. [...]. Não tem o cidadão brasileiro comum qualquer possibilidade de influência real na formação do Direito. Nem fora dos quadros parlamentares [...] nem através do Congresso [...]. Pouco importa

¹⁶³ LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 68.

¹⁶⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7.

¹⁶⁵ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 27.

¹⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 272.

tenha o texto da Carta outorgada em 1967 consagrado longa lista de direitos individuais e sociais: tudo isso reduz-se a cinzas com a simultânea vivência do Ato Institucional nº 5.¹⁶⁷

Deste modo, a despeito da previsão normativa da função social e da vigência do Estatuto da Terra, a Constituição de 1967 “continuava mantendo a garantia da propriedade privada acima dos direitos de acesso à terra por via de reforma agrária”¹⁶⁸, motivo pelo qual se apresentavam inúmeras dificuldades, jurídicas e políticas, para se implementar ou mesmo defender qualquer perspectiva emancipatória.

Assim, foi apenas com a promulgação da Constituição de 1988 que o direito à função social da propriedade foi alçado à categoria de direito fundamental, tendo, então, sido posto ao lado do sedimentado direito de propriedade (art. 5º, XXII e XXIII¹⁶⁹).

Esta funcionalização do direito de propriedade acabou por tornar insuficiente o tradicional modelo de relação jurídica que o representava. Tradicionalmente, as teorias da relação jurídica proprietária se dividiam em dois grupos: a) teoria realista; b) teoria personalista.

Segundo a primeira teoria, a relação jurídica de propriedade se dá entre o sujeito (proprietário) e a coisa (propriedade), tendo aquele poder sobre esta. Entretanto, esta teoria esbarra em dois pontos nodais, quais sejam, a impossibilidade de se colocar sujeito de uma relação uma determinada coisa e a justificativa da forte oponibilidade dos direitos reais do proprietário perante terceiros, conforme aduz Orlando Gomes:

Os adeptos da teoria realista caracterizam o direito real como o poder imediato da pessoa sobre a coisa, que se exerce erga omnes.

[...]

¹⁶⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, nº 19, Curitiba, 1978/1979/1980, p. 237.

¹⁶⁸ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2003, p. 108.

¹⁶⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

[...]

Contra essa concepção levantaram-se duas objeções principais: a primeira, a de que não pode haver relação jurídica senão entre pessoas; a segunda, a de que a oponibilidade a terceiros não é peculiaridade dos direitos reais, mas característica de todos os direitos absolutos.¹⁷⁰

Conforme a teoria personalista, a relação jurídica de propriedade não teria por sujeitos o proprietário e a coisa, mas o proprietário e todos os demais membros da sociedade, que, reconhecendo como legítimo aquele direito, deveriam respeitá-lo, podendo o proprietário se opor àqueles que o violassem. Criou-se, então, a ficção do sujeito passivo universal, que seria, em síntese, toda a coletividade, mas que é individualizado no momento em que se desrespeita o direito de propriedade, podendo, então, o proprietário contra ele se insurgir. Nesse sentido, afirma Orlando Gomes:

Impressionados com a sustentada inexistência de uma relação jurídica entre pessoa e coisa, muitos autores adotaram a teoria personalista, segundo a qual os direitos reais também são relações jurídicas entre pessoas, como os direitos pessoais. A diferença está no sujeito passivo. Enquanto no direito pessoal, esse sujeito passivo – o devedor – é pessoa certa e determinada, no direito real, seria indeterminada, havendo, nesse caso, uma obrigação positiva universal, a de respeitar o direito – obrigação se concretiza toda vez que alguém o viola.¹⁷¹

Essa teoria, apesar de mais satisfatória, deixa de explicar as formas de exercício do direito de propriedade, motivo pelo qual Ricardo Aronne adota uma teoria que, ao invés de somar as insuficiências de ambas as teorias até então propostas, acabou por colmatar suas respectivas falhas com seus respectivos acertos, reconhecendo que “*a propriedade contemporânea possui elementos de ordem real e pessoal a conviver em um mesmo instituto*”¹⁷²

Aronne diferenciou propriedade de domínio, passando a conceber o direito de propriedade segundo seu elemento interno (domínio) – composto pelos direitos de usar, gozar e dispor da coisa – arrostado ao seu elemento externo (regime de titularidade) – composto tanto pelos tradicionais deveres do sujeito passivo universal como pelos deveres funcionais do proprietário em relação à sociedade como um todo e, em especial, a certos particulares.¹⁷³

¹⁷⁰ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. São Paulo: Editora Forense, 1999, pp. 11-12.

¹⁷¹ Ibidem.

¹⁷² ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 34.

¹⁷³ Ibidem.

Assim, afirma Aronne:

O direito de propriedade se vislumbra a partir do proprietário em relação aos demais indivíduos, já o domínio se vislumbra de modo diverso, ou seja, do indivíduo em reação ao bem. Na concepção clássica, o domínio seria, então o conjunto das relações entre o indivíduo e a coisa, expresso pelo ‘jus fruendi, utendi e disponendi’.¹⁷⁴

Sob outra perspectiva doutrinária, Luciano de Camargo Penteado defende que o conceito de relação jurídica deve ser abjurado da doutrina do direito de propriedade porque este direito guarda um “conjunto de posições jurídicas ativas e passivas de que é titular, as quais nem sempre se exercem indeterminadamente com relação ao referido sujeito passivo”¹⁷⁵, propondo, então, que ao invés de se falar em relação (termo mais passional, relativo à “referência mútua entre dois entes”¹⁷⁶) se fale em *situação jurídica de propriedade*.

Segundo o autor, o termo *situação* seria mais adequado por não tender a afirmar o direito de propriedade como ilimitado, além do que, frente à funcionalização desse direito, haveria deveres do proprietário não apenas para com a coletividade, mas também para com integrantes específicos do sujeito passivo universal (ex: Estado, indivíduos definidos, vizinhos etc.). Com isso, “a proliferação de pólos impede um tratamento unitário da propriedade como relação jurídica”¹⁷⁷.

Apesar de se reconhecer no presente trabalho a crítica feita por Penteado, a superação do modelo tradicional de relação jurídica e o reconhecimento da pluralidade de situações que envolvem o direito de propriedade não devem implicar a abjuração da aplicabilidade do conceito de relação jurídica aos direitos reais em geral e ao direito de propriedade em especial.

Isso porque não se trata de constatar que a concepção clássica de relação jurídica não se aplica ao direito de propriedade por englobar uma pluralidade de polos em correlação, mas, sim, de reconhecer a complexidade dessa relação, sua não-linearidade e sua pluralidade de tratamento a depender do enfoque que lhe é dado e dos sujeitos que estão *sub judice*, conforme uma teoria do Direito repersonalizada.

¹⁷⁴ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 5.

¹⁷⁵ PENTEADO, Luciano Camargo de. **Direito das Coisas**. São Paulo: RT, 2008, p. 67.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 67.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 68.

Arrosta-se, pois, à relação jurídica de propriedade a crítica de Orlando de Carvalho à relação jurídica tradicional, segundo a qual o sujeito de direito não deve ser concebido conforme os termos da lei, mas como ser humano, como sujeito dotado de dignidade e que, por isso, merece ser valorizado:

É esta valorização do poder jurisdicção do homem comum — sensível quando, como no direito dos negócios, a sua vontade faz lei, mas ainda quando, como no direito das pessoas, a sua personalidade se defende, ou quando, como no direito das associações, a sua sociabilidade se reconhece, ou quando, como no direito de família, a sua afetividade se estrutura, ou quando, como no direito das coisas e no direito sucessório, a sua dominialidade e responsabilidade se potenciam —, é esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz do Direito Civil o *foyer* da pessoa, do cidadão puro e simples.¹⁷⁸

Nesse sentido, apresenta-se, aqui, a crítica de Pietro Perlingieri àqueles que concebem a propriedade tão-só como situação jurídica, negando-lhe a aplicabilidade da teoria da relação jurídica repersonalizada:

Não obstante a doutrina mais tradicional ser contrária à aplicação do conceito de relação com referência ao instituto da propriedade, este, como qualquer situação subjetiva, a pressupõe. Assim como se fala do crédito no âmbito de uma relação obrigacional, do direito potestativo no âmbito de uma relação potestativa, do mesmo modo se deve falar de direito real no âmbito de uma relação real; e, em particular, da propriedade no âmbito de uma relação proprietária. A propriedade, de dois pontos de vista distintos, é situação subjetiva e é relação.

A objeção principal feita à definição da propriedade como relação é a indeterminação dos sujeitos titulares da situação passiva. A observação não é decisiva. Correlativamente a um sujeito que é titular de uma situação ativa de propriedade, existe não um sujeito determinado, mas a coletividade, que deve respeitar aquela situação e não se ingerir na esfera do titular. **Sob o perfil estrutural, a propriedade é ligação entre a situação do proprietário e as situações que, gradualmente, entram em conflito com ela e constituem centros de interesses antagônicos.** A situação do proprietário é relevante enquanto pressupõe o dever específico de comportamento, de abstenção, por vezes o dever específico de colaboração dos outros sujeitos, que a cada vez se tornam, em concreto titulares da situação antagônica. **O aspecto funcional é certamente prelevante na propriedade entendida como relação: entre proprietário e terceiros, entre proprietário e vizinhos, entre proprietário e Estado, entre proprietário e entes públicos, existe relação não de subordinação, mas de colaboração.**¹⁷⁹ (grifos nossos)

¹⁷⁸ CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites.** 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. v. 1, p. 92.

¹⁷⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 929.

É por essa ambivalência entre situação e relação que nos filiamos à teoria que concebe a propriedade como uma *relação jurídica complexa*¹⁸⁰, sem que isso implique em reducionismos ou simplificações, sempre buscando tutelar os diferentes direitos fundamentais das pessoas concretas que se correlacionam ao entorno da propriedade, estando amparadas pela ordem constitucional que coloca a propriedade em função delas e da sociedade.

Assim, frente à funcionalização do direito de propriedade, mais do que reconhecer elementos de ordem pessoal na propriedade, mais do que elaborar uma composição teórica que reconhece a complexidade dos direitos envolvidos na relação jurídica de propriedade, pode-se dizer que Ricardo Aronne contribuiu de forma grandiosa com a repersonalização desse instituto no Direito brasileiro, ensejando o “deslocamento de enfoque dos códigos do patrimônio para a pessoa humana.”¹⁸¹

Há quem entenda que a funcionalização da propriedade acabou por impor limites ao direito de propriedade. Destaque-se que, aqui, limitação não equivale à restrição, uma vez que esta deriva de direitos reais fundados em negócios jurídicos. Filia-se a esta doutrina Luciano de Camargo Penteado:

São limitações as compressões à esfera jurídica do titular de situação real que derivem do ordenamento jurídico, ou seja, **a limitação diminui as vantagens da situação jurídica de direito das coisas e decorre da norma jurídica estatal**, não de ato voluntário. A causa da limitação, a sua fonte, é normativa. Requerem, para a sua existência um desenho constitucional, legal, ou de atos equiparados à lei, como a medida provisória, as portarias e, em alguns casos, o ato administrativo.

São limitações legais ao direito de propriedade a função social, a vedação aos atos emulativos, a sujeição à desapropriação, tanto pública quanto privada, o dever de respeito à saúde, sossego e segurança dos vizinhos, a responsabilidade ambiental, as limitações administrativas e urbanísticas. Trata-se de um complexo de deveres, ônus, sujeições, responsabilidades, ou mesmo meras compressões da esfera de atuação do *domínio*.¹⁸² (grifos nossos)

Nesse sentido, afirma Penteado:

¹⁸⁰ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁸¹ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 41.

¹⁸² PENTEADO, Luciano Camargo de. **Direito das Coisas**. São Paulo: RT, 2008, p. 168.

Dizer que a propriedade, como elemento do conjunto maior que é formado pelas diversas situações jurídicas subjetivas típicas, apresenta uma função, e que esta é social, significa dizer que a propriedade relaciona-se com um fim externo a ela, que é social. Em outras palavras, que a situação proprietária deve se referir ao interesse social, mediante direcionamento a ele. **De acordo com este mecanismo, o sistema jurídico reconheceria, por um lado, a insuficiência da atribuição dominial para a regularidade e valoração da situação jurídica proprietária, e por outro, a necessidade de dar-lhe uma destinação outra, escolhida pela comunidade sociopolítica, a justificar, dialeticamente, a sua proteção [...], quer do ponto de vista dos direitos fundamentais (CF 5º caput XXII e XXIII), quer do ponto de vista da ordem econômica (CF 170 II e III).**

[...]

É justamente nesta relação de referência entre propriedade e fins sociais que consiste a função social da propriedade. Por isso, procurar uma definição conceitual, essencialista, leva a doutrina, habitualmente, ao insucesso, dada a inafastável historicidade e influência de aspectos culturais e sociológicos na figuração mesma do que seja interesse social e, portanto, função social.¹⁸³ (grifos nossos)

E conclui o autor:

Função, em direito, é também uma relação entre (i) situações jurídicas e (ii) um elemento externo a elas, quer pode ser o sujeito, a comunidade formada pela sociedade civil, o sistema de trocas por critério de valor, a estruturação da coletividade existente e operante por intermédio do Estado.

[...]

A função das situações jurídicas é, assim, portanto, a sua vocação, a sua finalidade, o “para que” se destinam, o propósito a que servem. Evidentemente, cada uma delas pode apresentar múltiplas funções, desde as mias estritamente individuais, até tipicamente coletivas, passando pelas sociais. Em matéria de propriedade, o CC 1.228 §1º traz um modo específico de exercício do direito que deve levar em consideração diferentes valores, desde ecológicos e culturais, passando por valores tipicamente econômicos.¹⁸⁴ (grifos nossos)

A despeito de também se conceber que a função social da propriedade conforma um limite ao exercício do direito de propriedade, quer em prol de um indivíduo, quer em prol da sociedade como um todo, bem como que seu conteúdo é de matiz histórico-cultural, vislumbra-se que o recorte estabelecido por Luciano Penteado acaba por limitar não só a propriedade, mas também o alcance constitucional da funcionalização da propriedade.

Stefano Rodotà critica a limitação da função social ao definido em lei, bem como afirma que, se a função social for concebida como mero limitador da

¹⁸³ PENTEADO, Luciano Camargo de. **Direito das Coisas**. São Paulo: RT, 2008, pp. 172-173.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pp. 174-175.

propriedade, acaba-se por negar o seu papel profundamente inovador das estruturas jurídicas e da própria realidade social.¹⁸⁵

Nesse sentido:

A função social, como algo inerente à estrutura da propriedade, vê diminuída a margem de indeterminação, que havíamos visto como algo próprio de sua natureza de princípio elástico, adquirindo contornos mais precisos de uma reconstrução que com plena legitimidade pode ter em conta todos os elementos presentes no sistema para determinar sua operatividade dentro de situações mais especiais.¹⁸⁶

Deste modo, podemos afirmar que a *função social* não apenas para impõe um limite à propriedade, mas que, principalmente, “importa na compreensão da propriedade, a um só tempo, como garantia patrimonial, vinculada a ditames sociais, e como acesso a bens fundamentais relativos à moradia, ao trabalho e a valores existenciais.”¹⁸⁷

Em suma, trata-se de oferecer eficácia horizontal aos direitos fundamentais, conforme é possível se depreender do magistério de Ingo Wolfgang Sarlet, que defende a “proteção e efetivação dos direitos fundamentais de todas as pessoas, de modo a prever mecanismos eficientes para que tais violações (inclusive e – importa frisar – não exclusivamente do poder público) sejam, senão completamente evitadas (o que é impossível), pelo menos eficientemente coibidas e reparadas”¹⁸⁸.

Com isso, mais do que limite externo, a função social passou a compor o próprio conteúdo da propriedade, integrando o elemento interno do domínio e sendo “capaz de moldar o estatuto proprietário na sua essência, constituindo o título justificativo, a causa de atribuição dos poderes do titular.”¹⁸⁹

Nas palavras de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

¹⁸⁵ RODOTÀ, Stefano. **El terrible derecho**: estudios sobre la propiedad privada. Madrid: Editorial Civitas, 1986. pp. 252-271.

¹⁸⁶ Tradução livre de: “La función social, como algo inherente a la estructura de la propiedad, ve disminuido el margen de indeterminación, que habíamos visto como algo propio de su naturaleza de principio elástico y adquiere los contornos más precisos de una reconstrucción que con plena legitimidad puede tener en cuenta todos los elementos presentes en el sistema para determinar su operatividad incluso en las situaciones más especiales.” RODOTÀ, Stefano. **El terrible derecho**: estudios sobre la propiedad privada. Madrid: Editorial Civitas, 1986. p. 267.

¹⁸⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao Código Civil: direito das coisas, v. 14**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 246.

¹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *In*: TIMM, Luciano Benetti *et. al.* [Coord.] **Função Social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 89.

¹⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 244.

Essas compreensões renovadas sobre função social não apenas superam um conteúdo exclusivamente dirigido à fórmula genérica dos “interesses coletivos” e, sobretudo, a qualquer pretensão totalizante, aproximando-a da concretude das necessidades existenciais das pessoas em relação, mas oferecem à função um sentido prestacional muito mais forte do que a simples limitação, mesmo intrínseca, do direito de propriedade.¹⁹⁰

Eis que a função social não apenas orienta como legítima o direito de propriedade, e, se assim o faz, seu desrespeito, à luz do texto constitucional – embora não implique a extinção do direito de propriedade, conforme suscitado por Marés¹⁹¹ –, deve significar um desvalor, cuja punição não pode ser tão-somente a desapropriação mediante pagamento integral do valor da terra.

Ao contrário disso, à luz da doutrina de João Paulo de Faria Santos¹⁹², entendemos que o proprietário desapropriado deve ser indenizado mediante montante composto o valor da terra abatido o desvalor referente à punição por ter descumprido a função social.

Evidencia-se, então, a abrangência e o conteúdo emancipatório desse instituto, que, para além de limite à propriedade, para além do direcionamento legislativo do art. 1.228, § 1º, CC¹⁹³, promove, a lume do texto constitucional, em especial dos arts. 182 a 186¹⁹⁴, um *contributo*: o acesso real e efetivo a um

¹⁹⁰ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 261.

¹⁹¹ “A terra, nos sistemas jurídicos do bem estar social deve cumprir uma função social que garanta os direitos dos trabalhadores, do meio ambiente e da fraternidade. A obrigação de fazê-la cumprir é do titular do direito de propriedade, que perde os direitos de proteção jurídica de seu título caso não cumpra, isto é, ao não cumprir não pode invocar os Poderes do Estado para proteger seu direito. **Dito de outra forma, não há direito de propriedade para quem não faz a terra cumprir sua função social.**” (grifos nossos). MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 134.

¹⁹² SANTOS, João Paulo de Faria. **Reforma agrária e preço justo**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

¹⁹³ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

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

¹⁹⁴ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

*patrimônio mínimo*¹⁹⁵, a uma moradia e, em certos casos, especialmente no que tange a pequena propriedade rural, à garantia de trabalho e sustento do indivíduo e de sua família, sempre concretamente considerados.

Para isso, somente não estará sujeita à desapropriação a propriedade urbana que cumprir com o desiderato constitucional supradescrito, destacando-se que “a produtividade, para impedir a desapropriação, deve ser associada à realização de sua função social.”¹⁹⁶ Assim, verifica-se que não basta que a propriedade rural tenha produção agrícola, devendo cumprir os demais requisitos da função social prevista constitucionalmente para merecer a tutela jurídica plena.

4.3 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NO DIREITO BRASILEIRO

Tradicionalmente concebida como o “poder de dispor fisicamente da coisa, com a intenção de dono, e de defendê-la contra as agressões de terceiro”¹⁹⁷, a posse sempre foi um dos institutos jurídicos mais debatidos, seja devido à sua controversa e ambivalente natureza jurídica, seja pela sua forma de apreensão pelo Direito.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em [...]

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (grifos nossos)

¹⁹⁵ “A tese não confunde propriedade com patrimônio, nem identifica propriedade tão-só como propriedade privada. A noção do patrimônio personalíssimo, assumidamente paradoxal, está agregada à verificação concreta de uma real esfera patrimonial mínima, mensurada pela dignidade humana à luz do atendimento de necessidades básicas ou essenciais.” FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3.

¹⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao Código Civil: direito das coisas, v. 14**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 255.

¹⁹⁷ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Causas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, pp. 23-24.

Em breve resgate histórico, colocamos aqui o embate que foi considerado a pedra angular da teoria possessória no Direito moderno, e que foi travado por Savigny e por Ihering.

Em 1803, em seu tratado sobre a posse no Direito romano, Savigny erigiu a chamada teoria subjetiva da posse, assim definida porque relevava em sua conceituação um aspecto subjetivo na situação possessória. Inicialmente, preocupado em diferenciar a posse da situação de detenção da coisa¹⁹⁸, Savigny constatou que a posse, diferentemente da detenção, trazia consigo *consequências jurídicas importantes*, como, por exemplo, a usucapião.¹⁹⁹

Aproximando o fato posse de um direito, Savigny passou a investigar os elementos que comporiam este fato assemelhado a direito.²⁰⁰ Chegou-se, então, à identificação do *corpus* (apreensão física da coisa) e do *animus domini* (ter a coisa como se dono fosse).²⁰¹ E é por conta deste segundo elemento que sua teoria é chamada de *subjetiva*.

Considerada *pedra angular da ciência do direito* até mesmo por Ihering²⁰², o estudo de Savigny serviu à investigação da posse por inúmeras gerações de juristas, tendo, inclusive, reflexo sobre a doutrina e sobre a legislação contemporâneas, como se pode ver no caso do art. 1240, CC.²⁰³

A seu passo, Ihering critica o posicionamento de Savigny e afirma que ele fez elucubrações sobre o direito romano desprovidas de maior cientificidade e cuidado teórico no estudo histórico desse direito.²⁰⁴

Ihering reinterpreta as fontes romanas para afirmar que o *animus*, defendido por Savigny como elemento estrutural da posse, estaria embutido no exercício do *corpus*, prescindindo de qualquer manifestação expressa. É por isso que sua teoria é chamada de objetiva, por não levar em conta a intenção do possuidor.

¹⁹⁸ SAVIGNY, Frederich Karl von. **Traité de la Possession en Droit Romain**. Bruxelas: Bruylant-Christophe Éditeurs, 1893, pp. 2-4.

¹⁹⁹ Ibidem, pp. 87-89.

²⁰⁰ Ibidem, p. 188.

²⁰¹ Ibidem, p. 187.

²⁰² DANTAS, F. C. San Tiago. **Programa de Direito Civil III**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1984, p. 28.

²⁰³ Art. 1.240. Aquele que possuir, **como sua**, área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (grifos nossos)

²⁰⁴ IHERING, Rudolf von. **Teoria Simplificada da Posse**. Salvador: Livraria Progresso, 1957.

Deste modo, Ihering defende que é posse aquilo que o direito assim o define e é detenção tudo o que o direito não define como posse. Para Ihering, seria, portanto, a posse um direito, assim concebido “todo interesse juridicamente protegido”²⁰⁵, posto a serviço da propriedade:

Posse é o poder de fato, e a propriedade o poder de direito, sobre a coisa. Ambas podem encontrar-se reunidas no proprietário, como também estar separadas [...]: ou o proprietário transfere a outro a posse [possessio justa], reservando para si a propriedade, ou a posse da coisa lhe é tirada contra a sua vontade [possessio injusta]. [...] A importância prática que esse direito representa para ele, é evidente. A utilização econômica da propriedade tem como condição a posse.²⁰⁶

Nesses termos, a posse é a exteriorização do direito de propriedade, que legitima, nos termos da lei, a ação do possuidor perante terceiros. Daí porque, “a *noção de propriedade implica necessariamente no direito do proprietário à posse*”²⁰⁷. Seria, pois, a posse *guarda avançada da propriedade*, bem como o fundamento dos interditos possessórios residiria não na posse em si, mas sim na propriedade que estaria na iminência de sofrer uma grave violação.²⁰⁸

A teoria objetiva de Ihering foi amplamente aceita pela doutrina oitocentista, tendo se tornado, no século seguinte a teoria da posse mais aceita entre os juristas, tendo, inclusive, sido positivada pelos Códigos Civis de 1916 (art. 485)²⁰⁹ e 2002 (art. 1.196)²¹⁰, sem embargo de alguma reminiscência da teoria subjetiva de Savigny.

A bem da verdade, tanto Savigny quanto Ihering se valeram do Direito romano para tornar seus trabalhos válidos perante o Direito de sua época, o que, entretanto, foi feito de forma involuntária, conforme analisamos na parte histórica deste trabalho. Em suma, a discussão de ambos não dizia respeito propriamente ao Direito romano, mas, sim, à reconstrução do seu próprio Direito, o que foi feito à luz de significantes antigos, ressignificados que foram por suas pesquisas.

²⁰⁵ IHERING, Rudolf von. **Teoria Simplificada da Posse**. Salvador: Livraria Progresso, 1957, p. 52.

²⁰⁶ Ibidem, p. 9.

²⁰⁷ Ibidem, p. 13.

²⁰⁸ IHERING, Rudolf von. **O fundamento dos interditos possessórios**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908, p. 71.

²⁰⁹ Art. 485. Considera-se possuidor todo aquele, que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade.

²¹⁰ Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Embora quase a totalidade da doutrina pátria defenda que o sistema possessório brasileiro guarda correspondência, em geral, com a teoria objetiva delineada por Ihering²¹¹, verifica-se que este posicionamento é insatisfatório, uma vez que, ao se aceitar a propriedade como fundamento da posse, vincula-se o direito de posse ao direito de propriedade de forma indissociável, implicando equivocidade elementar.

Os efeitos disso são claros: nega-se a tutela jurídica da posse autônoma, impossibilitando que o desiderato constitucional sagrado na *função social* possa ser cumprido de forma autônoma pela posse.

Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, Luiz Edson Fachin já defendia a autonomia da posse em relação à propriedade, propugnando que a posse teria, sim, uma função social.²¹²

Assevera o autor que “à medida em que a posse qualificada instaura nova situação jurídica, observa-se que a posse, portanto, não é somente o conteúdo do direito de propriedade, mas, sim, e principalmente, sua causa e sua consequência.”²¹³

Nesse sentido, defende a aplicabilidade da função social à posse, porém ressaltando-se que “a função social da posse situa-se em plano distinto, pois, preliminarmente, a função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade, que mesmo sem uso, pode se manter como tal.”²¹⁴

Assim, afirma Fachin:

A função social da posse, ensina Hernández Gil, deve ser vista em dois sentidos: primeiro, em que a ordenação jurídica seja expoente da realidade social [...]; segundo, em que a função social tende a modificar determinadas estruturas sociais e os correspondentes quadros jurídicos.

[...]

Antes e acima de tudo, aduz, a posse tem um sentido distinto da propriedade, qual seja o de ser uma forma atributiva da utilização das coisas ligadas às necessidades comuns de todos os seres humanos e **dar-lhe autonomia significa construir um contraponto humano e social de uma propriedade concentrada e despersonalizadas, pois, do ponto de vista dos fatos e da exteriorização, não há distinção fundamental entre**

²¹¹ Cf. TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao Código Civil: direito das coisas**, v. 14. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66.

²¹² FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

²¹³ Ibidem, p. 13.

²¹⁴ Ibidem, p. 19.

o possuidor proprietário e o possuidor não proprietário. A posse assume então uma perspectiva que não se reduz a mero efeito, nem a ser encarnação da riqueza e muito menos manifestação de poder: é *uma concessão à necessidade*.²¹⁵ (grifos nossos).

Conforme demonstrou Luiz Edson Fachin, Hernandez Gil constatou que “a regulação possessória está muito ligada à realidade social, em um grau superior ao dos demais direitos [...], sendo a posse o instituto jurídico de maior densidade social.”²¹⁶

Ao afirmar isso, Hernandez Gil se afastou em termos da posse como direito, fulcrando sua teoria na posse pensada como fato, como via empírica das relações de pertencimento humanas.²¹⁷

Nesse sentido, conceitua Hernandez Gil a posse como “o fenômeno humano e social do uso e da utilização das coisas anterior à institucionalização que representa a propriedade privada.”²¹⁸ Afirma, ainda, que “a função social atua como pressuposto e como fim respectivo das instituições e das situações reguladas pelo direito.”²¹⁹

Com isso, o autor confere autonomia à posse em relação à propriedade, destacando-a desse direito, pondo seu fundamento nas relações humanas direcionadas ao cumprimento da função social.

Destaque-se que Hernández Gil não nega a posse como um direito; o que ele faz é destacar a qualidade de fato da posse para separá-la da propriedade, podendo, então, defendê-la como fato/direito autônomo em relação à propriedade, fato porque não provém do direito e direito subjetivo porque é por ele tutelada:

Afirmar que a posse é um direito não significa muito menos desconhecer nela a presença de um poderoso elemento de fato. Não há contradição em definir, por uma parte, a posse como o senhorio, poder de fato, e considerá-

²¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, pp. 20-21.

²¹⁶ Tradução livre de: “*la regulación posesoria está muy ligada a la realidad social em un grado superior a la de los demás derechos [...], la posesión es la institución jurídica de mayor densidad social*”. GIL, Antonio Hernandez. **La Posesión**. Madrid: Civitas, 1980, p. 52.

²¹⁷ Ibidem, p. 27.

²¹⁸ Tradução livre de: “*el fenómeno humano y social del uso y la utilización de las cosas anterior a la institucionalización que representa la propiedad privada*” Ibidem, p. 39.

²¹⁹ Tradução livre de: “*la función social actúa como presupuesto y como fin respecto de las instituciones y las situaciones ordenadas por el derecho.*” Ibidem, p. 93.

la, por outra, como um direito. O elemento de fato que figura na posse é insuficiente para expressar sua total estrutura e função.²²⁰

Nesse sentido, Gustavo Tepedino afirma que:

Se é certo que a proteção possessória, toda a sua construção, mercê da importância ideológica do domínio, foi concebida no âmbito da defesa da propriedade, desta se descola no momento em que lhe é assegurada regulamentação própria pelo ordenamento. Tanto isso é verdade que os interditos possessórios podem ser manejados pelo possuidor independentemente da propriedade, por vezes sem a anuência do proprietário e não raro até mesmo contra o interesse do proprietário.

[...]

Se a estrutura do direito determina os poderes do possuidor, a função estabelece sua legitimidade e seus limites, isto é, a justificativa finalística desses poderes em razão das exigências suscitadas, na concreta utilização dos bens jurídicos, por outros interesses tutelados pelo ordenamento.²²¹

Laércio A. Becker afirma que a função social seria algo ínsito à posse²²² e que “diante da doutrina da função social da posse, entendemos que, infeliz e paradoxalmente, seria impossível exigir do possuidor o cumprimento da função social da posse, apenas com base na Constituição”.²²³

Entretanto, parece ser tal posicionamento temerário, na medida em que atribui tutela a alguém que possa estar descumprindo de forma veemente princípios e preceitos constitucionais que direcionam o regime da função social.

Imagine-se um caso em que determinada terra improdutiva e que, portanto, não cumpre sua função social passe a ser possuída por alguém que começa uma dada exploração ilícita da mata virgem local, valendo-se, para tanto, de trabalhadores em regime análogo ao de escravidão.

Parece que, neste caso, nem possuidor nem proprietário atendem à função social, devendo ambos sofrer as consequências disto: o possuidor não terá protegida sua posse e deverá arcar com as ilicitudes por ele cometidas, e o proprietário deverá ser desapropriado, abatendo-se do montante referente à

²²⁰ Tradução livre de: “afirmar que la posesión es um derecho, no significa, ni mucho menos, desconocer la presencia em ella de um poderoso elemento de hecho. No hay contradicción en definir, por una parte, la posesión como señorío o poder de hecho, y considerarla, por otra, como um derecho. El elemento de hecho que figura en la posesión es insuficiente para expresar su total estructura y función.” GIL, Antonio Hernandez. **La Posesión**. Madrid: Civitas, 1980, p. 52.

²²¹ TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao Código Civil: direito das coisas, v. 14**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 54-56.

²²² BECKER, Laércio A. **Posse e Moradia à luz da Constituição**. Porto Alegre: Manas, 2009, p. 29.

²²³ Ibidem, p. 33.

indenização o valor relativo ao descumprimento da função social, a ser calculado segundo um juízo de ponderação.

Defende-se, assim, a autonomia da posse em relação à propriedade para que se tutele não um direito abstrato, mas o sujeito concreto que faz uso da coisa em atendimento aos postulados da função social constitucionalmente desenhada, justificando-se sua tutela, mesmo em face do proprietário formal, a partir dos valores protegidos pelos princípios constitucionais, como os da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade material, da moradia e do trabalho.

Nesse sentido está Gustavo Tepedino, para quem:

Por se originar de relação fática, a função social da posse, contudo, quando desacompanhada de título dominical que estipule previamente os seus contornos, mostra-se essencialmente dúctil e define-se *a posteriori*, dependendo da compatibilidade da utilização atribuída à coisa, no caso concreto, com situações jurídicas constitucionalmente merecedoras de tutela. **Em outras palavras, apartada da propriedade, a tutela possessória depende do direcionamento do exercício possessório a valores protegidos pelo ordenamento, que a legitimem e justifiquem sua proteção legal, inclusive contra o *verus dominus*.**

Na esteira de tal construção, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade, informadores da normativa referente à moradia e ao trabalho, serve de referência axiológica a justificar a disciplina dos interditos possessórios e da usucapião dos bens imóveis, e encerram o fundamento para a tutela possessória na ordem civil-constitucional.²²⁴ (grifos nossos)

Deste modo, como a função social visa ao atendimento dos direitos fundamentais e à proteção da pessoa humana concretamente considerada, verifica-se possível a revisão da tradicional concepção da posse como *guarda avançada da propriedade*, para uma posse autônoma, que venha a cumprir a função social de modo independente em relação ao direito de propriedade, podendo, inclusive, contrapor-se a este.

²²⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao Código Civil: direito das coisas, v. 14.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

5 CONCLUSÕES

A reflexão problematizante aqui empreendida buscou desvelar a propriedade moderna, marcada pela abstração das relações de pertencimento. E, talvez mais do que isso, buscou desvelar o discurso proprietário responsável por firmar essa propriedade como mentalidade profunda, apta a ordenar as relações sócio-econômicas engendradas no mercado, assegurando, assim, os interesses daqueles que se beneficiam deste modelo de pertencimento.

Para isso, verificou-se que o discurso proprietário – consubstanciado nos enunciados de ordem econômica, jurídica e política – é cuidadosamente limitado pelas mais diversas formas mais de controle interno e externo do discurso.

Verificou-se, também, que, mais do que descrição de uma dada ordem, o discurso proprietário é a própria ordem jurídico-econômico-política, é ele o princípio de organização do sistema sócio-econômico, apto a instrumentalizar o mercado sob a perspectiva do sujeito proprietário – que goza de liberdade na medida em que exerce o seu direito subjetivo abstrato de propriedade.

Identificou-se que a ideologia não se apresenta apenas segundo a concepção de falsa consciência, mas como algo que perpassa todos os diferentes pontos de vista acerca da realidade. Nesse sentido, pôde-se afirmar que a ideologia não representa apenas um fenômeno de ocultamento levado a efeito pelas classes dominantes, mas um fenômeno plúrimo, dotado de historicidade e que deve ser apreendido dialeticamente segundo sua complexidade ambivalente.

Com isso, propôs-se o afastamento da ideologia cínica existente por detrás do direito de propriedade para se viabilizar a funcionalização desse direito, tutelando-se, com isso, o sujeito concreto, a pessoa humana dotada de necessidades e vicissitudes, cuja realização de uma vida digna depende, materialmente, de determinados bens essenciais.

Pela investigação histórica da propriedade e da formação do discurso proprietário, observou-se a realidade jurídica sob uma perspectiva crítica, podendo-se constatar a relatividade dos significantes jurídicos à luz de suas diferentes significações histórico-culturais.

Com isso, verificou-se que os institutos de Direito romano, em especial o instituto da propriedade, foram usados como argumento de autoridade e que

sofreram, ao longo da história, graves alterações de significado, levadas a cabo não apenas pelos glosadores, mas também pelos próprios juristas modernos, que ao investigar os institutos romanos acabavam por recriá-los, ainda que involuntariamente, à luz das conformações sociais de sua própria época.

Isso pôde, ainda, ser comprovado pelas rupturas evidenciadas a partir da investigação sobre as relações de pertencimento no Direito feudal, cuja complexidade refletia a estrutura social dessa época, marcada pela efetividade e pelos desdobramentos das propriedades frente às relações de suserania, vassalagem e servidão engendradas neste contexto.

Destaque-se que estas rupturas são fruto das alterações sócio-econômicas decorrentes da própria mutação da organização social, processo este caracterizado pela expansão do comércio, pela centralização do poder político nas mãos dos monarcas e pela modificação do próprio equilíbrio das fontes normativas.

Nessa medida, é possível dizer que a concepção atual de propriedade foi estruturada conforme o avanço de uma determinada classe, arrimada em um modelo de economia mercantilizada que necessitava, para a sua estruturação, da possibilidade de comercialização dos bens materiais, incluindo-se aqui a própria terra.

É nesse contexto que a propriedade é simplificada, tornando-se passível de ser transmitida por meio de um título jurídico e de ser oposta contra todo e qualquer indivíduo que viesse a turbá-la; eis que a propriedade se torna abstrata e absoluta, desvinculada de seu efetivo manejo e posta de forma ilimitada em razão dos desejos de seu proprietário.

Esta construção apenas foi possível pela justificação atribuída por Locke à propriedade privada, que fundamentou a possibilidade de apropriação dos bens pelo trabalho do homem, defendendo, ainda, que a acumulação de riquezas se justificaria pela possibilidade de se comprar o trabalho alheio. Locke também tratou a propriedade como uma forma de exercício da liberdade natural do homem, colocando, com isso, o Estado a serviço da manutenção plena dessas liberdades individuais.

Foi, portanto, justamente nesse sentido que se deu a apropriação ressignificada do brocardo romano da propriedade como direito de usar, gozar e dispor da coisa de modo absoluto e ilimitado, convertendo-se, assim, a propriedade

em princípio organizador do sistema, o qual passou a ser estruturado a partir da concepção de utilização e comercialização individualizada dos bens.

Não obstante as rupturas estabelecidas no início do século XX, dentre as quais se destaca a funcionalização da propriedade pela Constituição de Weimar, verificou-se que esta racionalidade individualista vertida na concepção de mentalidade proprietária sobreviveu à funcionalização da propriedade, transcendendo as relações de pertencimento com a terra e se ligando ao consumismo irracional e desenfreado.

Arrosta-se, assim, à discussão da propriedade toda a complexidade social contemporânea, cujo desafio está na funcionalização do Direito para a emancipação da pessoa humana concretamente e correlacionalmente considerada, assegurando-lhe materialmente um mínimo de condições dignas de vida.

Analisando-se a funcionalização do Direito, verificou-se que sua compreensão, assim como a do significante propriedade, variou ao longo da história, tendo sido apreendida de diversas formas pelos juristas que sobre ela se debruçaram.

Frente às diversas concepções de função analisadas, em especial à concepção de função como prestação dirigida ao todo, foram apresentadas algumas críticas, aduzindo-se que a função social, frente à contemporânea ordem constitucional, conforma não apenas uma prestação dirigida ao todo (sociedade), mas um contributo que pode se perfazer atendendo ao interesse de uma parte (pessoa humana concretamente considerada).

Isso porque deve se ter em mente a complexidade e a ambivalência dos direitos fundamentais, que, postos em concorrência, podem tanto tutelar direitos subjetivos quanto direitos difusos ou coletivos.

Permitiu-se, deste modo, que direitos aparentemente contrapostos – como no caso de choque entre o direito fundamental à moradia de um sujeito que ocupa irregularmente uma área de proteção ambiental e o direito fundamental difuso a um meio ambiente equilibrado – possam ser sopesados, arrostando-se o Direito à complexidade e à força criativa dos fatos.

Assim, a função social da propriedade, mais do que limite ao direito de propriedade, é contributo que se dirige tanto à sociedade quanto à pessoa humana

concreta e correlacionalmente considerada, representando uma relação jurídica complexa, segundo a qual:

(i) a propriedade se apresenta tanto sob uma perspectiva interna (domínio – vínculo do sujeito para com a coisa, consubstanciado nos direitos de usar, gozar e dispor) quanto externa (regime de titularidade – relação entre o sujeito proprietário e o sujeito passivo universal);

(ii) os sujeitos envolvidos têm direitos fundamentais recíprocos e concorrentes a conviverem sob um mesmo instituto;

(iii) tanto o sujeito proprietário quanto o sujeito passivo universal são dotados de concretude humana, a ser extraída a partir de seus direitos fundamentais e de sua dignidade, compreendo-os segundo sua inter-subjetividade.

De tal modo, à luz dos direitos fundamentais, assegura-se à pessoa o acesso real e efetivo a um patrimônio mínimo, cuja importância reside em assegurar determinados bens essenciais à realização material de uma vida digna.

Nesse influxo emancipador, defende-se a autonomia da posse em relação à propriedade para que se tutele não um direito abstrato, mas o sujeito concreto que faz uso da coisa em atendimento aos postulados da função social constitucionalmente desenhada, justificando-se sua tutela, mesmo em face do proprietário formal, a partir dos valores protegidos pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade material, da moradia e do trabalho.

Resta, entretanto, uma última problematização, a qual, apesar de extrapolar os limites deste trabalho, foi, em certa medida, aqui principiada. Trata-se das adaptações do discurso proprietário frente à funcionalização do Direito em geral e da propriedade em especial.

Impende, pois, questionar se a função social da propriedade conforme prescrita na Constituição de 1988 é, ou não, apta a promover a emancipação da pessoa humana concreta e correlacionalmente concebida frente à legislação que a instrumentaliza, enfrentando-se, também, a crítica de que a funcionalização não passaria de mais uma dentre tantas adaptações ideológicas do discurso proprietário.

Eis um debate que ainda se encontra aberto e que não pode padecer de reducionismos ou simplificações por parte da doutrina que o encarar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTHUSSER, Louis. Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado. *In*: ZIZEK, Slavoj [Org.] **Um mapa da ideologia**. 4. Reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. 8. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2000.
- ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BARCELLONA, Pietro. **Diritto Privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996.
- _____. **El individualismo propietario**. Madrid: Editora Trotta, 1996.
- _____. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovene, 1987.
- BECKER, Laércio A. **Posse e Moradia à luz da Constituição**. Porto Alegre: Manas, 2009.
- BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre a literatura e história da cultura**. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna**. Brasília: Brasiliense, 1994.
- _____. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.
- CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. v. 1.
- CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia?** Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/12876624/Colecao-Primeiros-Passos-O-Que-e-IdeologiaMarilena-Chauí>>. Acesso em: 01 nov. 2011.
- COMTE, Auguste. **Catecismo Positivista – Nona Conferência**. *In*: GIANNOTTI, José Arthur [Org.] Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- CORTIANO JR., Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DANTAS, F. C. San Tiago. **Programa de Direito Civil III**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1984.
- DUGUIT, Leon. **Le Droit Social, le Droit Individuel et la Transformation de L'Etat: Conférences faites a L'École des Hautes Études Sociales**. Paris: Felix Alcan, 1908.

_____. **Lês Transformations Générales du Droit Prive Depuis le Code Napoléon.** 2. ed. Paris: Felix Alcan, 1920.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado.** 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo:** uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 35, Rio de Janeiro, 2008.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A 'lei de terras' e o advento da propriedade moderna no Brasil. *In: Anuario Mexicano de história del derecho*, Mexico, XVII, 2005.

_____. **Introdução teórica à história do direito.** 1. Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso.** 14. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

FREEDEN, Michael. **Ideology.** New York: Oxford University Press, 2003.

GASSEN, Valcir. A natureza histórica da instituição do direito de propriedade. *In: WOLKMER. Antonio Carlos. Fundamentos de história do direito.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GIANNOTTI, José Arthur. Comte (1798-1857) – Vida e Obra. *In: GIANNOTTI, José Arthur [Org.] Os pensadores.* São Paulo: Abril Cultural, 1978.

GIL, Antonio Hernandez. **La Posesión.** Madrid: Civitas, 1980

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 19. ed. São Paulo: Editora Forense, 1999

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **L'ordine giuridico medievale.** 11. ed. Roma-Bari: Laterza, 2004.

_____. **Mitologias jurídicas da modernidade.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HESAPANHA, António Manuel. **A história do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

_____. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Boiteux, 2005.

_____. **História das instituições: épocas medieval e moderna**. Coimbra: Almedina, 1982.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

IHERING, Rudolf von. **A evolução do Direito**. Lisboa: José Bastos, 1963.

_____. **El Fin en el Derecho**. Buenos Aires: Atalaya, 1946.

_____. **O fundamento dos interdictos possessórios**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908.

_____. **Teoria Simplificada da Posse**. Salvador: Livraria Progresso, 1957.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Belo Horizonte: Líder, 2002.

LATORRE, Angel. **Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 2002.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o barão de Münchhausen**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **Ideologias e ciências sociais**: elementos para uma análise marxista. 19. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **Teoria do medalhão**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000232.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2011.

MACPHERSON, Crawford Browgh. **Property, mainstream and critical positions**. 6. Reimpressão. Toronto: University of Toronto Press, 1999.

_____. **The political theory of possessive individualism – Hobbes to Locke**. 13. Reimpressão. New York: Oxford University Press, 1990.

MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1968.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. *In*: FACHIN, Luiz Edson *et al* [Coord.] **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MÉSZÁROS, István. **A Teoria da Alienação em Marx**. São Paulo: Boitempo, 2006.

MIROW, Matthew C. **The Social-Obligation Norm of Property**: Duguit, Hayem, and Others. *Florida Journal of International Law*, Vol. 22, pp. 191-226, 2010.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade**. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, nº 19, Curitiba, 1978/1979/1980.

PENTEADO, Luciano Camargo de. **Direito das Coisas**. São Paulo: RT, 2008.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Causas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PESSOA, Fernando. **O livro do desassossego**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

_____. Locke e a formação da racionalidade do Estado Moderno: o individualismo proprietário entre o público e o privado. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo [Org.] **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

RENNER, Karl. **Gli istituti Del diritto privato e la loro funzione sociale**. Bologna: Società editrice il Mulino, 1981.

RODOTÀ, Stefano. **El terrible derecho**: estudios sobre la propiedad privada. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

SANTOS, João Paulo de Faria. **Reforma agrária e preço justo**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *In*: TIMM, Luciano Benetti *et. al.* [Coord.] **Função Social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SAVIGNY, Frederich Karl von. **Traité de la Possession en Droit Romain**. Bruxelas: Bruylant-Christophe Éditeurs, 1893.

STAUT, Sérgio. **A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916**. Tese de Doutorado em Direito. Curitiba, UFPR, 2009. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19305/TESE-COMPLETA-STAUT.pdf?sequence=1>>. Acesso em 05 nov. 2011.

_____. **Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 42, Curitiba, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao Código Civil: direito das coisas, v. 14**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. *In*: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto [Org.] **Estudos em Homenagem ao Prof. Caio Tácito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TREVIÑO, A. Javier. Introduction to the transaction edition. *In*: RENNER, Karl. **The Institutions of Private Law and Their Social Functions**. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 2010.

_____. On Karl Renner, The Institutions of Private Law and Their Social Functions. *In*: TREVIÑO, A. Javier [Editor]. **Classic writings in law and society**. 2. ed. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 2007.

VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Direito romano**. Porto: Resjuridica, 1991.

WEFFORT, Francisco C. [Org.] **Os clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, 'O Federalista', Vol. 1. 11. ed. São Paulo: Ática, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZIZEK, Slavoj. **Eles não sabem o que fazem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

_____. **History against historicism**. European Journal of English Studies, 2000, Vol. 4, No. 2, pp. 101-110.

_____. O Espectro da Ideologia. *In*: ZIZEK, Slavoj [Org.] **Um mapa da ideologia**. 4. Reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.