PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

PROPRIEDADE PRIVADA E MEIO AMBIENTE

Ivan Barbosa Martins

Belo Horizonte
2007

Ivan Barbosa Martins

PROPRIEDADE PRIVADA E MEIO AMBIENTE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito

Orientador: Adriano Stanley Rocha Souza

**Belo Horizonte
2007**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M386p Martins, Ivan Barbosa
Propriedade privada e meio ambiente / Ivan Barbosa Martins.
Belo Horizonte, 2007.
108f.

Orientador: Adriano Stanley Rocha Souza
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direito de propriedade. 2. Propriedade privada. 3. Meio
ambiente. 4. Proteção ambiental. I. Souza, Adriano Stanley Rocha.
II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de
Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.23

Ivan Barbosa Martins

Propriedade Privada e Meio Ambiente

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito

Belo Horizonte, 2007

Adriano Stanley Rocha Souza

Adriano Stanley Rocha Souza (Orientador) – PUC Minas

José Alfredo de Oliveira Baracho Junior– PUC Minas

Alberto Deodato Maia Barreto Filho – Milton Campos

RESUMO

Esta dissertação teve por objetivo analisar o direito de propriedade, instituição central do direito privado, em contraponto com a necessária, e cada vez mais urgente, proteção ambiental. Com esse objetivo, traçamos uma linha evolutiva do direito de propriedade desde a Antiguidade até os nossos dias, incursionando pela evolução legislativa e constitucional do instituto em nosso ordenamento. Constatamos nessa pesquisa histórica, que a fórmula romana clássica do direito de propriedade, ditada pelos verbos usar, gozar, dispor e reivindicar, sofreu pouca ou nenhuma modificação, prevalecendo até hoje. Verificamos, ainda, que, a partir da Revolução Francesa e da inauguração do Estado Liberal, o Direito de Propriedade assumiu um caráter absolutista e individualista, que perdurou até a promulgação das constituições sociais do primeiro pós-guerra, entre elas a Constituição do México de 1917 e de Weimar de 1919. Dessa fonte se abeberou a Constituição de 1988, introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro um direito de propriedade que, para além de seu conteúdo clássico, contém, agora, um elemento funcional. Tal elemento, a função social da propriedade, não se conforma à condição de mera limitação externa, mas participa da própria gênese do direito de propriedade, resultando daí, a impossibilidade de separação entre ambos. Após essa análise, enveredamo-nos pela senda do Direito Ambiental, procurando conhecer os seus marcos iniciais, seus princípios e sua evolução legislativa em nosso ordenamento. Ao final, concluímos que da função social da propriedade, decorre como desdobramento uma função sócio-ambiental, que impõe ao proprietário, além dos deveres negativos de não degradar o meio ambiente, também, o dever positivo de exercer o direito de propriedade na promoção dos valores ambientais. Visto dessa forma, direito de propriedade e proteção ambiental se harmonizam, tornando-se o direito de propriedade verdadeiro instrumento de proteção ambiental.

Palavras-chave: direito de propriedade, função social da propriedade, meio ambiente, função sócio-ambiental, proteção ambiental

ABSTRACT

This essay had as its aim to analyze the right of property, central institution of the private right in contraposition with the necessary and urgent environmental protection. With this objective we drew an evolutional line of the right of property since ancient times to our days making an incursion through the constitutional and legislative evolution of the institute in our arrangement. We verified in this historical research that the classic Roman formula of the right of property suggested by the verbs to enjoy, to dispose and to claim suffered little or no modification prevailing until today. We also verified that since the French Revolution and the inauguration of the Liberal State the Right of Property assumed an absolute and individual character that lasted until the promulgation of the social constitutions of the first after-war, among them the Mexican Constitution of 1917 and the Weimer of 1919. The Constitution of 1988 utilized from this source introducing in the Brazilian juridical arrangement a right of property that besides its classical contents now contains a functional element. Such an element, the social function of property does not adjust itself to the condition of a simple external limitation but participates in the own genesis of the right of property resulting from this in the impossibility of separating them. After this analysis, we turned into the path of Environmental Right trying to get to know its first marks, its principles and its legislative evolution in our arrangement. At the end , we conclude that from the social function of property it occurs, as an expansion, an environmental-social function that impose to the owner not only the negative duties, such as not to degrade the environment, but also the positive duty of exercising the right of property in the promotion of environmental values. We understand that the right of property and environmental protection reconcile with each other becoming the right of property in this way, a genuine instrument of environmental protection.

Key-words: right of property, social function of property, environment, environmental-social function, environmental protection

LISTA DE ABREVIATURAS

art. – artigo

arts. – artigos

Coord. – Coordenador

Dec. – Decreto

p. – página

LISTA DE SIGLAS

MG – Minas Gerais

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 BREVE HISTÓRIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE.....	16
2.1 Principais teorias sobre a origem da propriedade	18
2.1.1 <i>Teoria da primeira ocupação.....</i>	18
2.1.2 <i>Teoria do trabalho.....</i>	18
2.1.3 <i>Teoria da especificação</i>	19
2.1.4 <i>Teoria da natureza humana</i>	20
2.1.5 <i>Teoria individualista ou da personalidade</i>	21
2.1.6 <i>Teoria positivista</i>	22
2.2 A propriedade privada na Antiguidade	23
2.3 A propriedade privada na Idade Média	33
2.4 A propriedade privada na Idade Moderna	36
2.5 A propriedade privada na Idade Contemporânea	38
2.6. A propriedade privada no ordenamento jurídico brasileiro.....	46
3 ESTRUTURA E CONTEÚDO DO DIREITO DE PROPRIEDADE	64
4 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	71
5 MEIO AMBIENTE	77
5.1. Meio Ambiente, Ecologia e Direito Ambiental.....	77
5.2. Evolução legislativa do Direito Ambiental.....	80
5.3 Princípios de Direito Ambiental.....	92
5.3.1 <i>Princípio da Prevenção</i>	92
5.3.2 <i>Princípio da Precaução</i>	92
5.3.3 <i>Princípio do Poluidor-Pagador</i>	93
5.3.4 <i>Princípio da Reparação.....</i>	94
5.3.5 <i>Princípio da Informação e Notificação.....</i>	94
5.3.6 <i>Princípio da Obrigatoriedade da Intervenção Estatal.....</i>	94
5.3.7 <i>Princípio da Participação/Cooperação</i>	95
5.3.8 <i>Princípio do Acesso Adequado aos Recursos Naturais</i>	95
5.3.9 <i>Princípio do Desenvolvimento Sustentável</i>	95
5.3.10 <i>Princípio da Educação Ambiental.....</i>	96
6 FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL DA PROPRIEDADE.....	97
7 CONCLUSÃO	103
8 REFERÊNCIAS.....	106

1 INTRODUÇÃO

A propriedade é tema nuclear do Direito Privado, em torno do qual estão erigidas algumas das principais instituições do direito civil, como o direito das coisas, das sucessões, das obrigações, de empresa e aspectos relevantes do direito de família. Na pressuposição da existência de um direito à propriedade privada se assenta toda a economia ocidental e o modo de vida que conhecemos.

Sobre tal constatação, diz César Fiuza: “O Direito das Coisas, das Sucessões e mesmo o das Obrigações sustentam-se em outro fenômeno fundante, qual seja, a propriedade privada, o patrimônio, o ter, o possuir” (FIUZA, 2003a, p.24).

O Direito Privado, no entanto, encontra-se em crise, revelada em três vertentes – a crise de suas instituições, a crise de sua sistematização e a crise de sua interpretação. Tal crise, no entanto, conforme Fiuza (2003b), tem sentido positivo, pois possibilita o progresso da ciência do direito com a superação e reconstrução de seus paradigmas em face das novas realidades sociais que se lhe apresentam.

O Direito de Propriedade, portanto, como instituição basilar do Direito Privado, também se encontra em crise e no presente estudo, tal crise é analisada sob o prisma da sua relação com o florescente Direito Ambiental.

Diz-se florescente, porque enquanto o Direito de Propriedade é reconhecido e praticado desde a mais remota Antiguidade, o Direito Ambiental é um fenômeno de nosso tempo, que toma forma apenas no século XX, vindo a ganhar foro constitucional no Brasil somente a partir da Carta de 1988.

Verifica-se, outrossim, que embora normas de cunho eminentemente ambiental tenham surgido no Brasil na década de 60 e que desde 1988 tenha o direito ao meio ambiente encontrado assento constitucional, a questão ambiental nunca esteve tão em voga, e nunca obteve tanta exposição midiática, quanto a que ora se observa.

O Direito de Propriedade, por outro lado, entendido como direito privado por excelência e tido como um direito absoluto e individual, foi, ao longo do tempo, abandonando tais paradigmas ditados pelo Estado Liberal, para assumir uma tendência intervencionista e solidarista. Chegando a admitir, em sua própria

estrutura, uma funcionalização até então desconhecida, a qual impõe ao proprietário o dever de exercer o seu direito com vistas a um benefício social.

Revela-se, assim, a crise institucional do Direito Privado, ao se observar as profundas transformações pelas quais passa uma de suas instituições mais antigas e com maiores ramificações dentro do sistema.

Nesse diapasão, descortina-se e se comprova, também, a crise de sistematização do direito privado, ao se observar uma migração do Direito de Propriedade do Código Civil, para a Constituição.

O civilista já não se pode dar ao luxo de estudar e interpretar as instituições próprias do Direito Civil apenas com base no Código, havendo quem discuta, inclusive, a oportunidade e necessidade de uma codificação. Haja vista que instituições como o direito de propriedade e seus princípios estruturantes têm seus pilares fundados em normas fundamentais, como assinala Lorenzetti:

Atualmente há uma visão sistemática, na qual todos os pontos são iguais, necessários interatuantes. As normas fundamentais constituem uma espécie de força de gravidade que os mantém unidos. Trata-se de uma mudança nos axiomas. Os elementos básicos, estruturantes do sistema, aqueles a partir dos quais se inicia a lógica da inferência no juízo decisório, se encontravam no Código. Agora, percebe-se que estão no Código, na Constituição, nos tratados, no costume, que são fonte onde encontramos as normas fundamentais (LORENZETTI, 1998, p. 79)

A essa crise de sistematização, a doutrina tem dado o nome de “constitucionalização do Direito Civil” e, no nosso caso, “constitucionalização do Direito de Propriedade”.

É de observar-se, que a Constituição Federal de 1988, já no *caput* do art. 5º, que cuida dos direitos e deveres individuais e coletivos, dentro do título dos Direitos e Garantias Fundamentais, dedica ao Direito de Propriedade o status de garantia constitucional, sem embargo de uma especificação detalhada dos contornos dessa garantia em vários dos incisos do mesmo artigo, conforme transcrição a seguir:

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;
XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e

prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Seguindo essa orientação, portanto, temos que o Direito de Propriedade está erigido, dentro do ordenamento jurídico pátrio à condição de princípio constitucional e de direito fundamental.

E aqui se revela, então, o terceiro aspecto da crise – a da interpretação, uma vez que, também, o Direito Ambiental se fundamenta como princípio constitucional e, não raro, conflitará com o exercício pleno do direito de propriedade. Releva pesquisar, portanto, em que medida ambiente e propriedade podem conviver de forma sustentável, pois, à primeira vista parecem mesmo inconciliáveis, haja vista que o exercício de um não prescinde de uma afetação do segundo. A busca dessa resposta, pensamos, é de importância fundamental e premente, não só para o estudo do direito, mas para o futuro ambiental do planeta.

Com efeito, quando o homem surgiu na Terra, sua ação sobre a natureza não passava de um mero esforço de adaptação às condições por ela impostas. Ao longo de milênios, esta situação pouco se modificou, uma vez que a nascente espécie humana não detinha os meios necessários a impactar significativamente o meio ambiente em que estava inserida.

Com a Revolução Industrial e o crescente desenvolvimento tecnológico que se deu a partir dela, se observa um salto gigantesco na dominação do homem sobre o meio ambiente, abandonando a sua dependência da natureza como as demais espécies habitantes deste planeta, para se transformar em seu verdadeiro senhor, modificando e adaptando o ambiente à sua necessidade.

Logicamente, esse salto evolutivo não se deu sem sacrifício do meio ambiente. A ação do homem sobre a natureza ampliou-se tanto na exploração desordenada e cada vez maior dos recursos naturais, quanto no descarte dos

subprodutos desse desenvolvimento na natureza, em prejuízo dos diversos ecossistemas existentes.

Todavia, os efeitos dessa dominação desordenada do homem sobre a natureza só começaram a receber algum tipo de reflexão por parte da humanidade cerca de um século depois de seu início, quando as primeiras pesquisas científicas começaram a apontar o rápido exaurimento de recursos naturais, os efeitos deletérios da poluição e a modificação de ciclos naturais.

Percebeu-se, assim, que a degradação ambiental não é um problema isolado, que possa ser circunscrito apenas ao território de determinado país, mas que os efeitos nocivos desta degradação têm uma conseqüência sistemática global, causando alterações significativas nos diversos ciclos naturais, com repercussões em todo o planeta.

Desde que tais efeitos danosos começaram a ser sentidos, de maneira tal a despertar a discussão sobre o tema, várias teorias e propostas de soluções têm surgido. Tais propostas podem ser agrupadas em duas vertentes inconciliáveis – uma que enxerga a questão da proteção ambiental com algo sagrado, devendo o homem cessar toda e qualquer forma de exploração da natureza, preservando intacto o que ainda resta e, não somente isso, mas integrar-se às leis que regem a natureza. Esta vertente pode ser definida com a do “biologismo social” – o homem nada mais é do que uma espécie natural, e como tal deve se portar como as demais espécies que sobrevivem em perfeita harmonia com a natureza em seus respectivos ecossistemas.

A outra vertente defende o que se pode chamar de “gestão racional dos ecossistemas”, buscando a conciliação entre proteção ambiental e desenvolvimento econômico, o que nesse caso representa a necessidade de interferência e manipulação da natureza, não prescindindo, portanto, de um impacto ambiental necessário. A questão, para essa corrente, é encontrar a estratégia adequada para um manejo racional dos recursos naturais e a proteção do meio ambiente, que vise minimizar e até neutralizar os efeitos do impacto ambiental que o homem, como um ser cultural, necessariamente provoca na natureza.

A Organização das Nações Unidas – ONU, em sua conferência sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo em 1972, marco do despertar do Direito Ambiental no mundo, abraçou essa segunda vertente, cunhando a expressão bastante conhecida e repetida – “Desenvolvimento Sustentável”.

Esse tal desenvolvimento sustentável continua a ver o homem como o senhor da natureza e principal destinatário de seus recursos, mas reconhece a necessidade de uma maior integração do homem com o meio ambiente e da mudança de hábitos de produção e consumo calcados na exploração e destruição indiscriminada de suas fontes naturais.

Um avanço nesse entendimento ocorreu na Conferência das Nações Unidas de Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992 e que entre nós ficou conhecida como a ECO92.

No documento ali produzido, a **Declaração do Rio de Janeiro**, os conferencistas preconizaram a necessidade de um maior esforço das nações, no sentido de buscar a conciliação entre o seu desenvolvimento econômico e preservação ambiental, a exploração dos recursos naturais sem prejuízo de seus processos regenerativos.

Em recentíssimo relatório, publicado no último dia 04/05/2007, o IPCC, sigla em inglês do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas, da Organização das Nações Unidas (ONU), após a análise de dados científicos coletados sobre o aquecimento global, fez uma afirmação que causou e vem causando grande impacto na mídia e, espera-se, nos governos mais arredios a um compromisso efetivo com os tratados internacionais de proteção ambiental. Tal afirmação consiste na conclusão de que a participação do homem no aquecimento global é da ordem de 90% e não de 66% como apontava o relatório anterior de 2001¹.

Não é sem razão, portanto, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está consagrado na Constituição Federal de 1988, que a ele dedica todo um capítulo centrado no longo art. 225, que diz:

Art. 225 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

¹ BLACK, Richard. Humanos culpados por mudanças climáticas. Disponível, em inglês, em <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/science/nature/6321351.stm>> Acesso em: 02 fev. 2007.

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Antes mesmo do art. 225, a Constituição consagra em seu Título II - dos Direitos e Garantias Fundamentais, no Capítulo I, que trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5º, inciso LXXIII, que:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Verifica-se desse modo, que, com justa razão, ante as provas científicas já referidas, a proteção ao meio ambiente recebeu, no Brasil, foro constitucional de verdadeiro princípio de nosso ordenamento jurídico.

Por outro lado, todavia, o mote principal do presente trabalho, o Direito de Propriedade, também se encontra consagrado na Constituição Federal de 1988, figurando, do mesmo modo, na condição de princípio fundante de nosso ordenamento jurídico.

Implica-se, assim, que o intérprete do direito deve buscar soluções argumentativas na solução de conflitos baseados na concorrência desses princípios, buscando uma forma sustentável de coexistência entre ambos, até porque, não haverá futuro, nem para o direito de propriedade nem para o direito ao ambiente, se não forem encontradas soluções sustentáveis de convivência.

Com o objetivo, portanto, de analisar os caminhos dessa interpretação e exercício sustentável do direito de propriedade e do direito ao ambiente, na primeira parte desse trabalho, buscamos traçar uma breve história do direito de propriedade privada, com o objetivo de analisar a construção de seu conceito e suas transformações até os dias atuais. Num segundo momento, dedicamo-nos à análise da estrutura jurídica do direito de propriedade, dentro do contexto de sua crise como instituição do direito civil. Nesse caminhar, prosseguimos na análise da função social da propriedade, tentando demonstrar qual o impacto de tal conceito sobre a concepção clássica do direito de propriedade.

Nesse ponto, interrompemos a análise do direito de propriedade para nos dedicarmos ao direito ambiental, analisando os principais conceitos que o envolvem, a sua consolidação legislativa em nosso ordenamento jurídico e os seus princípios informadores.

Como ponto alto da análise proposta no presente trabalho, abordamos a questão da função sócio-ambiental do direito de propriedade, reconhecendo-a como um desdobramento lógico e uma especificação da função social da propriedade, capaz, inclusive, de orientar a solução de conflitos e tornar o direito de propriedade como verdadeiro instrumento de proteção ambiental.

2 BREVE HISTÓRIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Conforme já explicitamos, o Direito de Propriedade é um direito em transformação, assim como outras instituições do Direito Civil e o próprio Direito Civil como um todo, enfrenta em nosso tempo uma crise de seus paradigmas.

Sendo assim, parece-nos imprescindível que o estudo do tema proposto, passe por uma análise de sua origem e evolução históricas, buscando identificar como os principais processos históricos deram ao objeto de estudo a sua conformação atual.

A relação do homem com a terra, na verdade, é tão antiga quanto a sua própria existência. As explicações cosmogônicas em várias culturas mostram a terra sendo atribuída ao homem pela própria divindade.

Na cosmogonia judaico-cristã, narrada no livro do Gênesis, Deus criou a terra e depois o homem, dando a este a autoridade sobre toda a criação. Na seqüência, o homem, expulso do paraíso, é condenado ao trabalho de cultivar a terra, para obter sustento, e dela comer com “dor” e “suor do rosto”, uma vez que a terra, amaldiçoada por causa do homem, passaria a produzir, não só alimentos, mas espinhos, pragas agrícolas e desgostos vários.

Também disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; tenha ele domínio sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus, sobre os animais domésticos, sobre toda a terra e sobre todos os répteis que rastejam pela terra (Gn 1,26)

[...]

E a Adão disse: Visto que atendeste a voz de tua mulher e comeste da árvore que eu te ordenara não comesses, maldita é a terra por tua causa; em fadigas obterás dela o sustento durante os dias de tua vida. 18 Ela produzirá também cardos e abrolhos, e tu comerás a erva do campo. 19 No suor do rosto comerás o teu pão, até que tornes à terra, pois dela foste formado; porque tu és pó e ao pó tornarás. (Gn 3,17-19)

Situar a origem do Direito de Propriedade, no entanto, é tarefa das mais árduas, sendo célebres as discussões travadas entre os estudiosos sobre a natureza dessa origem, se coletiva ou privada.

Por outro lado, a idéia que temos hoje de propriedade não nos leva à compreensão do que tal direito representou em sua origem, pois os antigos, como

acentua Coulanges (1995), partiram de princípios diferentes dos nossos para fixação de suas leis sobre a propriedade.

Acresce-se a isso o fato de que, de acordo com o próprio Coulanges (1995), vários povos e raças não chegaram mesmo a conhecer o Direito de Propriedade Privada, outros estabeleceram a propriedade da colheita e do rebanho, mas não do solo, e outros, ainda, usavam de sistemas de rodízio na posse do solo para o cultivo, mudando a cada ano.

Basicamente, duas correntes se formaram em torno desse tema. De um lado, teóricos como Rousseu, Beccaria e Montesquieu, viam a propriedade como criação do direito positivo e contrária à natureza humana. Fustel de Coulanges (1995), por sua vez, representa a corrente que enxergava a propriedade privada como propulsora da organização e do desenvolvimento social, até porque intimamente ligada com a religião.

Há três coisas que, desde os tempos mais antigos se encontram fundadas e estabelecidas solidamente pelas sociedades gregas e itálicas: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade; três coisas mostrando originariamente manifesta relação entre si e que parece terem mesmo andado inseparáveis.

A idéia de propriedade privada estava na própria religião. Cada família tinha o seu lar e os seus antepassados. Esses deuses só podiam ser adorados pela família, só à família protegia; eram propriedade sua. (COULANGES, 1995, p.64)

Não há, de fato, consenso sobre a origem do direito de propriedade. Aqueles que defendem uma propriedade originariamente coletiva destacam que a propriedade privada se desenvolveu em concomitância com os processos de dominação de um grupamento humano sobre o outro.

Já os defensores da propriedade original privada afirmam que sempre que a propriedade se mostrou capaz de fomentar os interesses e a eficiência do grupo ou o bem-estar de seus indivíduos, sobressaiu à propriedade privada.

Nesse sentido, pontifica Coulanges:

Ao contrário, as populações da Grécia e as da Itália, desde a mais remota Antigüidade, sempre conheceram e praticaram a propriedade privada. Nenhuma recordação história nos chegou, e de época alguma, que nos revele a terra ter estado em comum. (COULANGES, 1995, p.63)

O que se pode, todavia, afirmar com certeza é que a propriedade privada só surge quando o homem deixa de ser um mero extrativista dos recursos naturais e

passa a cultivar a terra. Enquanto o homem permaneceu nômade, vivendo da caça e da pesca, ou apenas cuidando de rebanhos, a propriedade privada do solo pouco interesse tinha.

Nesse, sentido, assevera José Rubens Costa:

Os bens de importância capital para o grupo, tais como a terra, os alimentos, a caça e pesca, eram de interesse fundamental. O controle da propriedade, por conseguinte, situava-se no nível do grupo social. Nas sociedades primitivas, a propriedade privada como fonte de poder tinha pouca importância. A distribuição da riqueza se fazia de modo equitativo dentro da família e do clã. (COSTA, 1984, p. 06)

2.1 Principais teorias sobre a origem da propriedade

2.1.1 Teoria da primeira ocupação

Desenvolvida, principalmente, por Grócio, tal teoria é bastante simplista e enxerga a origem da propriedade no apossamento original da coisa, que, a princípio, sempre esteve à disposição de todos e passa a pertencer àquele que primeiro se apoderou.

Essa ocupação originária converteria a coisa em valor econômico e cultural, enriquecendo o patrimônio do primeiro ocupante. A partir daí, ocorrem as transmissões sucessivas através do tempo, infinitamente, com a modificação apenas do titular do direito, mantendo a coisa a sua essência original.

Basta para essa teoria, portanto, apenas a materialidade da ocupação original, resultando apenas da vontade de quem primeiro exerceu a ocupação.

2.1.2 Teoria do trabalho

Para esta teoria, que encontra em Locke seu mais conhecido defensor, é o trabalho sobre um bem da natureza, transformando-o em outro bem, que concede àquele que o transformou a propriedade.

Ao contrário da teoria anterior, não basta a simples apropriação original, uma vez que as coisas do mundo pertencem originalmente a todos. É preciso, portanto, que o homem exerça sobre a coisa um trabalho intelectual transformador, para que tal coisa possa ser reconhecida como de sua propriedade.

Tal teoria tem problemas óbvios. Para que se possa transformar as coisas em bens, é preciso ter, antes, a matéria bruta necessária a essa transformação. Se essa matéria fosse ilimitada, não haveria problema, pois todos poderiam se apropriar dela para realizar o trabalho necessário à aquisição. Todavia, tal matéria é limitada, gerando a necessidade de se perquirir a que título o pretense proprietário a detém para realização do trabalho gerador da propriedade?

Outra oposição demonstra que o trabalho é um valor que se acresce ao valor da matéria bruta e, somados, totalizam o valor do bem. Logo, o produto final não resultou apenas do trabalho e, logo, não é o trabalho a única justificação da propriedade sobre esse produto final.

Tal teoria é refutada, ainda, por Planiol, conforme citação de Costa (2003), que fundamenta sua crítica no fato de que o salário é a recompensa pelo trabalho e não o bem produzido. Por outro lado, a divisão do trabalho na produção de um determinado bem, geraria grave dificuldade na atribuição da propriedade sobre o mesmo.

À refutação de Planiol, poderíamos opor a teoria marxista, segundo a qual o salário não retribui integralmente o valor do trabalho, e, essa diferença, chamada por Marx de mais-valia, produziria o lucro capitalista.

2.1.3 Teoria da especificação

Para tal teoria, que às vezes parece se confundir com a teoria do trabalho, a propriedade é decorrente da produção, através do trabalho, de uma espécie totalmente nova, diferente da matéria bruta. A produção do bem deve ser, necessariamente, do próprio indivíduo que, utilizando-se de instrumentos pessoais produziu essa nova espécie.

O destaque dessa teoria tem certa importância, uma vez que o Novo Código Civil dedicou-lhe uma seção dentro do capítulo que trata da propriedade móvel, assim dispondo sobre a especificação:

Art. 1.269. Aquele que, trabalhando em matéria-prima em parte alheia, obtiver espécie nova, desta será proprietário, se não se puder restituir à forma anterior.

Art. 1.270. Se toda a matéria for alheia, e não se puder reduzir à forma precedente, será do especificador de boa-fé a espécie nova.

§ 1º Sendo praticável a redução, ou quando impraticável, se a espécie nova se obtiver de má-fé, pertencerá ao dono da matéria-prima.

§ 2º Em qualquer caso, inclusive o da pintura em relação à tela, da escultura, escritura e outro qualquer trabalho gráfico em relação à matéria-prima, a espécie nova será do especificador, se o seu valor exceder consideravelmente o da matéria-prima.

Art. 1.271. Aos prejudicados, nas hipóteses dos arts. 1.269 e 1.270, se ressarcirá o dano que sofrerem, menos ao especificador de má-fé, no caso do § 1º do artigo antecedente, quando irreduzível a especificação.

2.1.4 Teoria da natureza humana

Tal teoria explica a origem da propriedade como sendo esta inerente à natureza humana, tendo a Igreja Católica como uma de suas mais árduas defensoras, que encontra na Bíblia inúmeras referências à atribuição da propriedade da terra ao homem.

Para tal teoria a aquisição de propriedade é característica natural do homem a ponto de ser indispensável à sua sobrevivência e de se tornar pressuposto de sua liberdade.

O instinto de sobrevivência induz o ser humano a apropriar-se de bens para suprir suas necessidades físicas e morais. Sendo homem gregário por natureza, tais bens lhe são reconhecidos como direitos protegidos pelo grupo social, por meio do ordenamento jurídico, proteção esta que garante não só a sobrevivência do indivíduo, mas da própria sociedade, que reconhece ser essa atribuição da propriedade individual uma exigência da própria natureza humana.

Para a teoria da natureza humana, a propriedade só existe porque, sem ela, o homem não poderia sobreviver, uma vez que sua natureza exige a apropriação de alguns bens, para sua satisfação física e moral. Com fundamento em tal teoria, desde a Revolução Francesa o direito de propriedade vem se consagrando nas

constituições nacionais, no capítulo dos direitos fundamentais, a exemplo do preconizado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

I – O fim da sociedade é a felicidade comum. O governo é instituído para garantir ao homem o gozo destes direitos naturais e imprescritíveis.

II – Estes direitos são a **igualdade**, a **liberdade**, a **segurança** e a **propriedade**. (Grifo nosso)

Santo Tomás de Aquino, em sua Suma Teológica, ainda no século XIII, defendia a propriedade como um direito natural primário e secundário. Mais tarde essa teoria será adotada pela Igreja, ficando expressa em várias encíclicas papais, como a Rerum Novarum, de Leão XIII (1891), Quadragesimo Anno, de Pio XI (1931), Mater et Magister, de João XXIII (1961) e Popularum Progressio, de Paulo VI (1967).

Tida pela doutrina como a corrente mais consistente, encontra defesa em Planiol, Ripert, Gustavo Tepedino, Washington de Barros Monteiro, Serpa Lopes e Sílvio Rodrigues entre outros, conforme assinala Costa (2003).

2.1.5 Teoria individualista ou da personalidade

Por tal teoria, a propriedade se tornaria uma extensão da própria personalidade do proprietário. No entanto, para que tal ocorra, exige-se do proprietário a sua constante utilização, fazendo surgir, assim, em relação à coisa, um estado de espírito, uma **affectio**, que projetaria no bem essa extensão da personalidade. Sem a utilização, a propriedade não tem legitimidade e se tornaria, assim, em verdadeiro peso, devendo ser perdida.

A crítica a tal teoria constata o fato de que o homem primitivo não tinha uma noção exata do seu próprio eu. Não tinha, assim, consciência de ser dono de sua própria pessoa e, logo, jamais chegaria a ser dono de qualquer coisa e, muito menos, apegar-se a ela.

Por outro lado, o homem atual não desenvolve qualquer relação de afeição em relação aos bens de sua propriedade, exceto em relação a poucos bens, normalmente de uso pessoal, tais como peças de vestuário, livros, itens de coleção, obras de arte e, às vezes, a habitação.

Na maior parte das vezes, portanto, a relação do homem com os bens componentes de seu patrimônio se expressa pela valorização econômica que possam alcançar. Não há, desse modo, o caráter espiritualista defendido pela doutrina na personalidade.

2.1.6 Teoria positivista

Também conhecida como a teoria da lei, teve entre seus defensores, na lição de Costa (2003), Montesquieu, Hobbes, Benjamin Constant e Mirabeau, os quais entendiam a propriedade ser uma concessão do direito positivo, das leis. A propriedade existiria, deste modo, porque a Lei assim o quis, estando, portanto, submetida, em seus limites e contornos, à vontade do legislador, que pode mudá-los ao sabor da ordem político-econômica dominante.

Constata-se, no entanto, que as nações da **common law**, reconhecem o direito de propriedade, sem, no entanto, reconhecê-lo numa lei escrita. Lado outro, a submissão de qualquer direito apenas à ideologia política dominante num determinado momento histórico é fator de considerável insegurança jurídica.

A crítica, portanto, principalmente daqueles que defendem uma propriedade vinculada à natureza humana, aponta a fragilidade de uma concepção teórica que sujeita o direito à simples vontade do legislador, que pode concedê-lo ou suprimi-lo ao sabor das mutações ideológicas. Para esses críticos, a lei limita-se a reconhecer e a regular o exercício do direito de propriedade, que seria preexistente à lei.

À vista dessas teorias, nos debruçaremos sobre como se comportou o direito de propriedade através da história, desde a antiguidade mais remota, até os nossos tempos. Análise que, por si só, revela que o direito de propriedade não pode ser enxergado como mera concessão do direito positivo, revelando-se, na verdade como uma realidade social complexa, que se apresenta com feições modificadas de acordo com cada época e circunstâncias, até alcançar, no nosso tempo, uma estrutura que comporta uma função social e sócio-ambiental, conforme veremos.

2.2 A propriedade privada na Antiguidade

Não é possível tratar do direito antigo sem se falar em religião. Como já tivemos a oportunidade de dizer, no passado, direito e religião eram faces de uma mesma moeda. Era a religião que legitimava o direito, na medida em que a lei era dada pela própria divindade e os governos entendidos como uma extensão terrestre da divindade.

Exemplo revelador dessa relação pode ser visto no Código de Hammurabi, que no seu prólogo afirma ser o conjunto de leis que enuncia uma dádiva do deus Shamash, tendo como intermediário o imperador:

Quando Anu o Sublime, Rei dos Anunaki, e Bel, o senhor dos céus e da terra, decretaram o destino da terra, assinalaram a Marduk , o todo-poderoso filho de Ea, deus de tudo o que é direito, o domínio sobre a humanidade, fazendo dele grande entre os Igigi. Eles chamaram a Babilônia por seu nome ilustre, fizeram-na grande na terra, e fundaram nela um reino perene, cujas fundações são tão sólidas quanto as do céu e da terra. Então Anu e Bel chamaram por meu nome, Hammurabi, o príncipe exaltado, que temia a deus, para trazer a justiça na terra, destruir os maus e criminosos, para que os fortes não ferissem os fracos; para que eu dominasse os povos das cabeças escuras como Shamash, e trouxesse esclarecimento à terra, para assegurar o bem-estar da humanidade. (GALVÃO, 1999)²

Entre os egípcios, o faraó era visto como a própria encarnação da divindade, era o deus na terra liderando o Estado. Levantar-se contra o faraó, era levantar-se contra um deus. A lei, no entanto, não provinha de faraó, mas da revelação divina, personificada na deusa Maat, que simbolizava a justiça divina. Estava a lei, o direito, assim, legitimado pela religião e fundamentado em instâncias superiores à terrestre.

Tal ordem de coisas chegaram até nós de modo perfeitamente claro através da Bíblia e da história que conta sobre a origem do povo judeu.

É de todos conhecida, a história de como Deus deu a Moisés as tábuas da lei, onde inscrevera, primeiramente com o seu próprio dedo, os “dez mandamentos”, um dos quais contém uma referência direta à propriedade privada e ao bem patrimonial ao enunciar a norma “não furtarás”.

Antes ainda do tempo de Moisés, relata a escritura ter Javé falado com Abrão, o fundador do povo hebreu, numa das referências mais antigas à propriedade:

² GALVÃO, André Sabino Petean. **O código de hammurabi**. Disponível em <<http://paginas.terra.com.br/arte/hammurabi/creditos.html>> Acesso em: 25 ago. 2007.

Disse o Senhor a Abrão, depois que Ló se separou dele: Ergue os olhos e olha desde onde estás para o norte, para o sul, para o oriente e para o ocidente; porque toda essa terra que vês, eu ta darei, a ti e à tua descendência, para sempre (Gn. 13,14)

No mesmo contexto, lê-se a história da desavença havida entre os servos de Abrão e seu sobrinho Ló (Lot), em razão das terras e das pastagens, o que os levou a se dividirem, ficando Abrão com a terra de Canaã e o Lot preferindo o vale do Jordão, que lhe pareceu mais aprazível e bem irrigado. Escolha esta que o levou à região de Sodoma e Gomorra, que, segundo o relato bíblico vieram a ser destruídas por Deus, tendo a mulher de Ló se convertido em uma estátua de sal por olhar para trás durante a fuga³.

Tal episódio retrata bem a ligação com a terra, e embora a propriedade privada do solo ainda não estivesse caracterizada, fica evidente a formação de suas raízes.

Tanto é assim, que mais adiante, já nos tempos de Moisés e por ocasião do ingresso na “terra prometida”, que vem a ser a mesma terra que Javé mostrara a Abrão, observa-se a distribuição de terras de modo privado a cada tribo:

O Senhor Deus disse a Moisés:

Divida a terra entre as tribos, conforme o tamanho delas. Divida por sorteio e dê as partes maiores para as tribos maiores; e as partes menores, para as tribos menores. (Num. 26, 52-56)

No mesmo contexto, colhe-se uma passagem reveladora sobre disposições legais, sobre direito sucessório, decidida por Moisés sob o oráculo divino:

Na tribo de Manassés havia cinco irmãs que se chamavam Macla, Noa, Hogla, Milca e Tirza. Eram filhas de Zelofeade e descendentes diretas de Héfer, Gileade, Maquir, Manassés e José. Elas foram falar com Moisés, com o sacerdote Eleazar, com as autoridades e com todo o povo, na entrada da Tenda Sagrada. Elas disseram: O nosso pai morreu no deserto e não deixou filhos homens. Ele não estava entre os seguidores de Corá, que se revoltaram contra Deus, o Senhor, mas morreu por causa do seu próprio pecado. Não é justo que o nome do nosso pai desapareça do meio do seu grupo de famílias só porque não teve nenhum filho homem. Dê uma propriedade para nós entre os parentes do nosso pai. Moisés levou o caso delas ao Senhor, e o Senhor disse: O que as filhas de Zelofeade estão pedindo é justo. Você deve dar a elas uma propriedade entre os parentes do seu pai. A herança do pai deve passar para elas. Diga ao povo de Israel que, quando um homem morrer sem deixar um filho homem, a filha deverá herdar a propriedade dele. E, se não tiver filhas, então a sua propriedade deverá ser dada aos irmãos dele. Porém, se ele não tiver irmãos, a sua

³ Gn 19, 24-38

propriedade deverá ser dada aos irmãos do seu pai. Se também o pai dele não tiver irmãos, a sua propriedade deverá ser dada ao parente mais chegado da sua família, para que tome posse dela. Os israelitas devem obedecer a essa lei como eu, o Senhor, tenho ordenado a você, Moisés. (Num. 27, 1-11)

As passagens acima transcritas revelam que, para os Hebreus, Deus é quem legitimava a apropriação da terra, pois Ele próprio fora quem determinara sua ocupação, que, assim, se constituía na sua vontade, o que fica evidente no processo de divisão da terra entre as tribos, por ocasião do ingresso da chamada “Terra Prometida”.

Além do dispositivo do decálogo, que protegia a propriedade com o enfático “não furtarás”, diversas outras disposições protetivas do patrimônio são encontradas no Pentateuco:

Se alguém roubar um boi ou uma ovelha e matar ou vender o animal, pagará cinco bois por um boi e quatro ovelhas por uma ovelha. Quem roubou deverá pagar por aquilo que roubou. Se não tiver com que pagar, então deverá ser vendido como escravo para pagar por aquilo que roubou. Se o animal roubado, seja boi, jumento ou ovelha, for encontrado vivo com a pessoa que o roubou, ela pagará dois por um.

– Se um ladrão for apanhado roubando de noite uma casa e for morto, quem o matar não será culpado pela morte do ladrão. Mas, se isso acontecer durante o dia, ele será culpado de assassinato.

– Se alguém deixar que os seus animais pastem num campo ou numa plantação de uvas, ou se os largar para comerem as colheitas de outras pessoas, esse alguém pagará com o melhor do seu próprio campo ou com o melhor da sua própria plantação de uvas.

– Se alguém acender uma fogueira no seu campo, e o fogo pegar nos espinheiros e se espalhar pelo campo de outro homem e destruir os feixes de trigo ou as plantações que já estiverem maduras, aquele que acendeu a fogueira pagará todos os prejuízos.

– Se alguém receber de outra pessoa dinheiro ou objetos para serem guardados, e isso for roubado da sua casa, o ladrão, se for achado, pagará o dobro. Mas, se o ladrão não for encontrado, o dono da casa será levado ao lugar de adoração e ali deverá jurar que não roubou o que lhe foi dado para guardar.

– Se uma pessoa ficar com um boi, um jumento, uma ovelha, roupas ou qualquer coisa perdida, e aparecer alguém dizendo que é o dono, o caso deverá ser levado até o lugar de adoração. Aquele que Deus declarar culpado pagará ao dono o dobro.

– Se alguém entregar um animal para o seu vizinho tomar conta, seja jumento, boi, ovelha ou outro animal qualquer, e o animal morrer ou ficar aleijado, ou se for roubado sem que ninguém veja o roubo, o homem que tomou conta deverá jurar em nome de Deus, o Senhor, que não roubou o animal. Se o animal não tiver sido roubado, o dono aceitará o juramento, e o outro não precisará pagar nada. Porém, se, de fato, o animal tiver sido roubado, então o outro terá de pagar ao dono pelo animal. Se o animal tiver sido morto por animais selvagens, o outro terá de trazer como prova o que sobrou e não pagará nada pelo animal morto.

– Se alguém pedir emprestado um animal, e este ficar doente ou morrer quando o seu dono não estiver presente, quem pediu emprestado deverá pagar o preço dele. Mas, se isso acontecer quando o dono estiver

presente, o outro não precisará pagar nada. Se o animal tiver sido alugado, só será pago o aluguel. (Ex. 22, 1-14)

Há, inclusive, leis de cunho ambiental. Segundo o livro de Levítico, Deus deu a Moisés a ordem para que, de sete em sete anos, a terra deveria descansar por um ano, sem que fosse cultivada. Tal determinação tem uma clara razão de ser. Considerando ser a palestina uma região de solo pobre, nada mais sábio do que estabelecer um período de descanso para o solo, de modo a possibilitar a recuperação de seus nutrientes e evitar o seu completo exaurimento.

O Senhor Deus falou com Moisés no monte Sinai e mandou que ele desse ao povo de Israel as seguintes leis:
Quando vocês entrarem na terra que o Senhor Deus lhes vai dar, deixem que de sete em sete anos a terra descanse, em honra do Senhor. Durante seis anos semeiem os seus campos, podem as parreiras e colham as uvas. Mas o sétimo ano será um ano de descanso sagrado para a terra, um descanso dedicado a Deus, o Senhor. Nesse ano ninguém semeará o seu campo, nem podará as suas parreiras. Ninguém colherá o trigo que crescer por si mesmo, nem podará as parreiras, nem colherá as uvas. Será um ano de descanso completo para a terra. Os campos não serão semeados, mas mesmo assim produzirão o bastante para alimentar todos os israelitas, os seus escravos e as suas escravas, os seus empregados, os estrangeiros que vivem no meio do povo e também os animais domésticos e os animais selvagens. Tudo o que a terra produzir servirá de alimento. (Lev. 25, 1-7)

Há na legislação mosaica, ainda, não se pode deixar de referir, norma relativa a bens impenhoráveis como a pedras de um moinho – “não se tomarão em penhor as duas mós, nem apenas a de cima, pois se penhoraria, assim, a vida” (Deut. 24,6).

Vê-se, assim, arraigado na origem do povo judeu o reconhecimento ao direito de propriedade, inclusive do solo, numa tradição que estende suas influências por todo o Ocidente, uma vez que o Cristianismo, tendo nascido do Judaísmo, tem o texto bíblico como revelação divina, a própria palavra de Deus.

Outro exemplo dessa relação direito de propriedade e religião encontra-se consagrado no Código de Hammurabi, um dos textos antigos mais significativos para a história do direito.

Especificamente no que concerne à propriedade, observamos diversos dispositivos tratando de penas severas pelo desrespeito à propriedade alheia. Nesse sentido, encontramos no art. 6º a seguinte norma:

“se alguém roubar a propriedade de um templo ou corte, ele deve ser condenado à morte, e também aquele que receber o produto do roubo do ladrão deve ser igualmente condenado á morte”. (GALVÃO, 1999)⁴.

Há, também, duas medidas legais de significativa importância para o direito civil, tanto que utilizadas até hoje em diversas legislações – a restrição de compra e venda entre pais cônjuges e filhos e um protótipo do que hoje conhecemos como bem de família.

Art. 36 – O campo, o jardim e a casa do capitão, do homem ou de outrem, não podem ser vendidos.

Art. 37 – Se comprar o campo, o jardim e a casa do capitão, ou deste homem, a tábua de contrato deve ser quebrada e a pessoa perderá o dinheiro. O campo, jardim e casa devem retornar a seus dono.

Art. 38 – Um capitão, homem ou alguém sujeito a despejo não pode responsabilizar pela manutenção do campo, jardim e casa a sua esposa ou filha, nem pode usar este bem para pagar um débito. (GALVÃO, 1999)⁵

O curioso é que a instituição do bem de família só surgirá novamente a partir de 1839, com a instituição do *homestead* pelos americanos, visando a proteção e a garantia dos fazendeiros para ocupação e desbravamento das terras do então inexplorado Texas.

No que se refere à proibição de venda entre ascendentes e descendentes, tal dispositivo encontra-se consubstanciado nas seguintes disposições:

Para evitarmos muitos enganos e demandas que causam e podem causar nas vendas que algumas pessoas fazem a seus filhos ou netos, outros descendentes, determinamos que ninguém faça venda alguma a seu filho ou neto, nem a outro descendente. (GALVÃO, 1999)⁶

Aliás, é digno de nota que a propriedade mesma não era ilimitada, o que causa surpresa, por se tratar de dispositivo elaborado num período tão remoto no passado.

Art.30 – Se um comandante ou homem comum deixar sua casa, jardim e campos, e alugar tal propriedade, e outrem tomar posse dos mesmos e usá-los por três anos, e se o primeiro proprietário retornar à sua casa, jardim ou

⁴ GALVÃO, André Sabino Petean. **O código de hammurabi**. Disponível em <<http://paginas.terra.com.br/arte/hammurabi/creditos.html>> Acesso em: 25 ago. 2007.

⁵ GALVÃO, André Sabino Petean. **O código de hammurabi**. Disponível em <<http://paginas.terra.com.br/arte/hammurabi/creditos.html>> Acesso em: 25 ago. 2007

⁶ GALVÃO, André Sabino Petean. **O código de hammurabi**. Disponível em <<http://paginas.terra.com.br/arte/hammurabi/creditos.html>> Acesso em: 25 ago. 2007

campo, este não deve retornar ao seu primeiro dono, mas ficar com o que tomou posse e fez uso destes bens. (GALVÃO, 1999)⁷

É, deveras, surpreendente a disposição acima transcrita, pois, além de nos remeter de pronto ao conceito que hoje temos da usucapião, nos deixa antever a idéia da propriedade com uma função social.

De modo diverso ao que ocorre com as civilizações surgidas na Mesopotâmia, outra grande civilização da antiguidade, os Egípcios não nos legaram fontes tão ricas para o estudo do tema proposto.

Somente alguns documentos esparsos como contratos, testamentos, atos administrativos, chegaram até nós, de modo que apenas por eles se pode traçar o perfil do direito daquela civilização.

Têm-se, assim, que no princípio a propriedade era familiar, indivisível e inalienável. Os egípcios se organizavam em tribos e clãs. Posteriormente, estas tribos e clãs começaram a formar grupos maiores chamados “nomos”.

Os “nomos”, com o passar dos tempos, foram formando grupamentos maiores até se formarem os reinos do Alto Egito e do Baixo Egito.

Segundo os estudiosos da história antiga, por volta de 3.315 a.C., Menés, rei do Alto Egito, conquistou o Baixo Egito e unificando-os num só reino. O poder e, com ele, as riquezas do Estado, passam a se concentrar nas mãos de um único soberano – o Faraó, que os repartia com as classes privilegiadas.

Somente a partir do século VIII a.C., sob o reinado do faraó Bocchoris, foram introduzidas reformas significativas, que possibilitaram a liberdade para contratar e abriram caminho para a propriedade individual e alienável.

Em relação à Grécia e Roma, o politeísmo existente, segundo Coulanges (1995), justificaria a propriedade privada, cujas civilizações sempre a praticaram. Para tais povos, especialmente, a idéia de propriedade privada estava ligada intimamente à religião, que era doméstica, vinculada à adoração dos antepassados e representada por um altar com um fogo contínuo, chamado de “lar”.

O lar, uma vez instalado não poderia ser mudado de lugar, seja porque fisicamente impossível o transporte do altar sem o seu desfazimento, seja porque o deus familiar desejava ter uma morada fixa. Logo, o deus lar, como que se

⁷ GALVÃO, André Sabino Petean. **O código de hammurabi**. Disponível em <<http://paginas.terra.com.br/arte/hammurabi/creditos.html>> Acesso em: 25 ago. 2007

assenhoreava do solo, fixando a família àquele local específico, que dali só sairia em casos extremos, se o inimigo a expulsasse ou se a terra deixasse de produzir.

Assim, fixada à terra por força da religião, aquela terra passava a ser atribuída àquela família e a seu deus como propriedade privada deles e excludente de qualquer outra família ou deus e nem mesmo o casamento reunia os lares.

Dois lares representam duas divindades distintas que nunca se unem nem se confundem; isto é tão evidente que o próprio casamento realizado entre duas famílias não estabelece aliança entre seus deuses. O lar deve ser isolado, isto é, visivelmente separado de tudo quanto não lhe pertença; os estranhos não devem aproximar-se dele no momento em que se realizam as cerimônias do culto, devem mesmo evitar vê-los [...] (COULANGES, 1995, p.65)

Está aí traçado, em linhas gerais e em largas pinceladas, o panorama histórico do direito de propriedade nas civilizações mais antigas, cuja expressão de Coulanges (1995, p. 69) resume – “não foram as leis, mas a religião, aquilo que primeiramente garantiu o direito de propriedade”.

Lançaremos nosso olhar, agora, sobre a propriedade privada no Direito Romano, onde verificaremos regimes diferenciados de propriedade, de acordo com os períodos da história romana.

Há, na história romana, três principais períodos bem definidos:

- a) o período pré-clássico, que se situa, aproximadamente, entre a origem de Roma em 754 a.C. até 149 e 126 a.C;
- b) o período clássico, que vai de 149 e 126 a.C até o término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C e
- c) o período pós-clássico ou romano helênico, que vai de 305 d.C até a morte de Justiniano, em 565 d.C.. Dá-se, porém, ao período em que reinou o imperador Justiniano (527 d.C. a 565 d.C.) o nome de direito Justinianeu.

Nesses períodos, quatro foram os tipos de propriedade conhecidas pelos romanos – a quiritária, a bonitária ou pretoriana, a provincial e a peregrina.

No período pré-clássico, somente a propriedade quiritária era conhecida. A propriedade quiritária, ***dominum ex iure Quiritium***, deriva seu nome dos *quirites*, etnia que nos primórdios da fundação de Roma se fundiu a sua população. Quirites,

por sua vez, origina-se de Quirino, nome dado a Rômulo, um dos fundadores de Roma, após a sua morte.

A propriedade Quiritária, portanto, decorria do **status civitatis**, ou seja, da condição de cidadão romano e era regulada pelas normas rígidas e extremamente formais do **Ius Civile** ou **Ius Quiritium**.

Somente o cidadão romano, um **pater familiae**, de preferência, poderia ser titular da propriedade quiritária. Admitia-se, porém, que um latino ou peregrino detentor do **Ius commercii**, em caso de haver tratado de amizade entre a sua cidade de origem e Roma, também pudesse exercer a propriedade.

Tal propriedade admitia como objeto tanto a **res mobilis** (coisa móvel), quanto a **res immobilis** (coisa imóvel) e, no caso dessa última, os bens deveriam estar localizados em Roma ou nas províncias romanas para onde se expandiu o **Ius Italicum** (direito itálico). Estavam fora do **dominium ex iure Quiritium**, no entanto, qualquer coisa de propriedade do povo romano e, posteriormente, do imperador.

Inicia-se a propriedade quiritária por volta do ano 500 a.C., quando o Estado Romano concedeu ao súditos romanos pertencentes às **gens**, através do **ager publicus** o direito de exploração de terras pertencentes ao Estado. Essa espécie de direito de propriedade sobre as terras arrendadas às gens, foi denominado ex iure Quiritium.

Com o tempo, o **ager publicus** passou a **ager privatus**, sendo concedido ao **pater familiae** que exercia sobre a terra uma autoridade irrestrita, sem qualquer interferência da ordem jurídica nos limites de territoriais de sua possessão.

Tal poder era de tal sorte absoluto que o Estado garantia à propriedade quiritária imunidade tributária, posto que a cobrança de impostos sobre a propriedade representaria uma diminuição de seu poder absoluto sobre a coisa, o que não se admitia dentro do conceito da propriedade quiritária.

As transferências da propriedade quiritária ocorriam mediante atos formais e solenes como a **mancipatio**, em que, diante de cinco testemunhas, o adquirente declarava que a coisa passaria a lhe pertencer e o transmitente permanecia calado ante tal declaração.

Outra forma de transferência da propriedade quiritária se dava através da **in iure cessio** (cessão em juízo), que ocorria perante um magistrado com a apresentação da coisa.

Nesse tempo já era possível a **usucapio**, que era um modo de aquisição da propriedade pela posse prolongada da coisa. Nesse caso, exigia-se a posse contínua do bem por dois anos. Todavia, apenas o cidadão romano, sem exceção, poderia adquirir através dessa usucapião.

As medidas de proteção da propriedade quiritária era a **rei vindicatio**, no caso do proprietário ser desapossado da coisa e a **actio negatória** para o caso de negação do direito real do proprietário sobre a coisa.

Já eram conhecidas, também, ações relacionadas ao direito de vizinhança, como a **cautio damni infecti**, que protegia o proprietário contra o risco da casa do vizinho cair e, mais tarde, contra riscos decorrentes de obras realizadas pelo vizinho.

Havia, ainda, a **operis novi nuntiatio** que somente foi disciplinada na fase da propriedade pretoriana, e mediante a qual o magistrado intimava o vizinho para que se abstinhasse de realizar obra ou demolição passível de causar dano ao vizinho. No mesmo sentido, existia ainda o **interdictum quod vi aut clam**, concedido pelo pretor no caso de alguém que, desconhecendo a discordância ou clandestinamente realizava obras que vinham a prejudicar o discordante e, por fim, a **actio aquae pluviae arcendae**, que se referia a uma ação civil prevista na Lei das XII Tábuas, pela qual o proprietário se defendia do vizinho que mudara o fluxo natural de sua água para o dele.

Na fase do direito clássico, outras três espécies de propriedade foram reconhecidas – a propriedade bonitária ou pretoriana, a propriedade provincial e a propriedade peregrina.

A propriedade bonitária ocorria quando alguém adquiria alguma **res Mancipi**, sujeita, portanto, à propriedade quiritária, sem que fossem observadas as formalidades da **in iure cessio** ou da **mancipatio**, ou seja, cinco testemunhas, declaração do adquirente e silêncio do transmitente. A transferência da coisa se dava pela simples **traditio** (tradição), que, no caso das coisas móveis, ocorria com o ato simbólico de entrega das chaves.

O adquirente nesse caso não tinha a propriedade, mas apenas a posse, razão pela qual carecia de uma proteção pretoriana, quando o alienante, porventura, reclamasse a coisa vendida com base na propriedade quiritária, por meio da **rei vindicatio**.

Nesse caso, o adquirente alegava perante o pretor a **exceptio rei uenditae et traditae**, exceção da coisa vendida e entregue, o que lhe garantia a proteção

pretoriana, mas não a propriedade, que somente viria com a usucapião, após o decurso do prazo necessário. Tal prazo, no direito antigo, era de apenas dois anos de posse mansa, pacífica e contínua. Posteriormente, na fase do direito justiniano, houve uma ampliação desse prazo que passou a ser de 10 (dez) anos entre presentes e 20 (vinte) anos entre ausentes, se houvesse justo título, ou 30 (trinta) anos entre presentes ou ausentes, se o justo título não existisse.

A propriedade provincial destinava-se somente aos bens imóveis situados nas províncias romanas onde não estivesse vigorando o *ius Italicum*. Nas que eram por esse abrangidas, imperava a propriedade quirítária, como vimos.

Nessas províncias o proprietário era sempre o Estado Romano e os ocupantes da terra, cidadãos romanos ou não, tinham a condição de possuidores especiais, que, embora não detivessem propriedade, tinham uma posse transmissível aos herdeiros e podia ser alienada. Essa posse especial, no entanto, estava condicionada ao pagamento de um tributo denominado *vectigal*.

Com o imperador Deocleciano (285 a 305 d.C) a propriedade provincial desapareceu, uma vez que o imperador instituiu a cobrança de impostos a todos os imóveis, inclusive àqueles suscetíveis à propriedade quirítária, que até então eram isentos. Assim, o imposto deixou de ser indicativo da propriedade do Estado ou diminuição do poder do proprietário sobre a coisa, mas mera contribuição para fazer frente às necessidades e despesas do Estado Romano.

Por fim, a propriedade peregrina era aquela proteção concedida ao estrangeiro livre que, em solo romano, adquiriu bens. Como o peregrino não possuía o *ius commercii* não poderia adquirir a propriedade quirítária, mas se assim o fazia estava criada uma situação carecedora de proteção, pois nesse caso, o estrangeiro era um proprietário de fato da coisa.

Foi a ele estendida, portanto, a proteção típica da propriedade quirítária, que era concedida em Roma pelo *praetor peregrinus* e, nas províncias, pelos governadores. Tal proteção ocorria, na verdade, com o uso de uma ficção jurídica. O peregrino era tratado como se romano fosse, uma vez que se passou a reconhecer que o direito da cidade de origem do estrangeiro tinha base em Roma, conforme atesta Gaio nas Institutas II, 40, conforme Costa (2003).

O período pós-clássico foi marco da unificação das propriedades, passando a existir uma única propriedade privada em oposição à pública. No período

Justinianeu, portanto, a propriedade era transferida pela *traditio* e estava sujeita ao pagamento de impostos e a outras limitações de ordem pública.

Até o II século a.C. a organização econômica, social e política do Império Romano funcionou bem. A partir do III século, contudo, com a diminuição da produção nos latifúndios, em decorrência da falta de escravos, e as invasões bárbaras, ocasionando a desintegração do sistema por volta do sec. V, abrindo as portas para o sistema de produção feudal e inaugurando a Idade Média.

2.3 A propriedade privada na Idade Média

Com o definhamento do império romano e as constantes invasões bárbaras ocorridas na Europa a partir do século V, a vida urbana começou a se tornar inviável, em face de tantos ataques. Era preciso buscar refúgio no entorno de um castelo para onde se pudesse fugir e se proteger destes ataques.

Surge, assim, o sistema feudal, que se caracterizava, basicamente, pelas relações de vassalagem. Pequenos proprietários e produtores rurais cediam suas terras a um senhor, que passava a exercer sobre as mesmas um poder de soberania, cobrando impostos e aplicando a justiça.

Os vassalos continuavam na posse e no uso e gozo da terra, exercendo o seu cultivo e obtendo uma produção agrícola da qual dependia toda a subsistência da sociedade feudal. Por essa fruição, exigia-se dos vassalos algumas obrigações, tais como, prestação de serviço militar, o trabalho em alguns dias em lavouras cuja produção era integralmente destinada ao senhor, entregar ao senhor parte da colheita ou pagar determinada quantia em dinheiro. Em troca, além da posse e da fruição da terra, recebiam os vassalos a proteção do senhor feudal, contra os ataques de inimigos dentro dos muros de seu castelo. Havia, assim, uma relação de interdependência entre o senhor feudal, dono da terra, e o seu vassalo, responsável pelo cultivo e produção dos alimentos.

De notar-se, ademais, que um vassalo maior, a quem fora outorgado um grande feudo, desde que continuasse cumprindo as obrigações com o seu senhor,

poderia instituir, também, outras relações de vassalagem com outros homens livres, tendo assim os seus próprios vassalos.

A principal característica da propriedade na Idade Média, portanto, contrariando ao modelo exclusivista do direito romano, era a atribuição do domínio a mais de uma pessoa: ao suserano, ao vassalo e ao vassalo do vassalo; num modo hierarquizado de propriedade que correspondia, também, à própria hierarquia social.

Em verdade, mesmo que os servos não fossem proprietários, pois a propriedade estava na mão do senhor feudal, havia uma dependência umbilical existente entre eles, na relação proteção e cultivo, uma vez que os primeiros dependiam de proteção e os segundos dos mantimentos cultivados. Surge, então, para o vassalo um verdadeiro direito real sobre coisa alheia, uma espécie enfiteuse que garantia a cada personagem um direito relativamente amplo sobre a terra.

Nesse sentido, Wald (1990) assinala a existência de uma imprecisão entre os conceitos de soberania e domínio, pois ao direito de usar, gozar e dispor se acrescentava um elemento político reconhecido ao senhor feudal de exercer um domínio eminente sobre todo o território contido nos limites de sua influência.

Aparece, assim, diversas modalidades de desmembramento da propriedade, com o domínio sendo reconhecido em graus diferenciados, de acordo com quem o exercia, se o senhor ou o vassalo a quem se reconhecia um domínio útil da terra.

Da importância social que esse bem de produção desfrutava nessa estrutura decorrem conseqüências que singularizam o regime jurídico da propriedade. Sua exploração tomou juridicamente a forma de vínculo entre os que a possuíam, mas não a cultivavam, e os que a trabalhavam, mas dela não eram donos. A estes reconheceu-se o direito de possuí-la com a obrigação, porém, de satisfazer perpetuamente determinadas prestações, que revestiam diversas formas. Em suma, tinham um direito real na coisa alheia, mas não a propriedade. Conservava-se esta no domínio eminente das famílias nobres, que a assenhoreavam, sem trabalhar. Mas o direito dos que a cultivavam eram no fundo, um autêntico domínio, paralelo ao outro, posto que sujeito a encargos irresgatáveis, que vieram a ser considerados injustos quando as forças produtivas se desenvolveram e reclamaram novas formas jurídicas. Havia, pois, duas classes de proprietários sobre o mesmo bem, ainda que um deles, o que utilizava economicamente, não tivesse propriamente a propriedade. Em substância, caracterizava-se o regime de curiosa fragmentação da propriedade. (MALUF, 2005, p.34)

Observa-se, assim, no sistema feudal, um direito de propriedade bastante restrito, pois seus desdobramentos e faculdades não dependiam unicamente do senhor ou do vassalo, que estavam presos à relação jurídica entre eles estabelecida. Nem o senhor poderia retirar o benefício concedido ao vassalo que

estivesse cumprindo com as obrigações assumidas, sem a devida compensação, nem tampouco o vassalo poderia dispor do domínio útil a ele concedido e nem deixar de pagar as prestações assumidas com o seu senhor afastando-se da terra. Era o feudo, deste modo, um direito imóvel, vitalício, intransmissível e inalienável.

Além dos feudos e das relações de vassalagens, existiu, na Idade Média, outra forma de cessão de terras, conhecidas como “possessões vilãs”, na qual porções de terras cedidas pelo senhor feudal ou pelos vassalos maiores a homens livres não nobres chamados “vilões”.

Inicialmente, tais concessões, eram vitalícias, intransmissíveis e inalienáveis, em pouco tempo, contudo, tal relação se tornou hereditária e alienável, imperando o aspecto patrimonial da relação. Surgiu, assim, a possibilidade de alienação que se realizava, a princípio, com o consentimento do senhor e, por fim, sem o conhecimento deste, desde que com o pagamento de uma indenização pecuniária, o mesmo ocorrendo com a transmissão hereditária.

As terras servis, concedidas pelo senhor a seus servos, e as possessões vilãs estavam submetidas a um regime semelhante, com a diferença de que aquelas nunca foram hereditárias e alienáveis.

Cumprido ressaltar, todavia, segundo assinala Valcir Gassen, que a propriedade plena e individual não estava totalmente banida da sociedade medieval, podendo ainda ser encontrada em alguns locais.

[...] mas não se deduza que a plena propriedade individual e livre estivesse banida em absoluto da sociedade ocidental: aqui e ali aparecia, como, o *franc-alieu* ou *francum allodium*, que se distinguiu do regime territorial do feudalismo por estes traços, altamente, expressivos: pertencia integralmente ao seu proprietário e este, não devendo serviço nem prestação a pessoa alguma, podia transmiti-lo, livremente, a seus herdeiros ou aliená-lo. (GASSEN, 1996, p.84)

A partir do século XII, os excedentes de produção levaram os feudos a procurar alternativas para a comercialização de seus produtos, fazendo surgir feiras onde toda a sorte de produtos era negociada. Em torno destas feiras, começam a surgir vilas, conhecidas como burgos, fazendo renascer o modo de vida urbano e uma nova classe social conhecida como burguesia.

O sistema feudal, então, entrava em declínio e a decadente nobreza feudal se submeteu a um poder centralizado na figura do Rei. Estão lançadas, assim, as bases

para um novo período histórico – a Idade Moderna, em que o sistema feudal de produção abre espaço ao mercantilismo.

2.4 A propriedade privada na Idade Moderna

Na Idade Moderna a propriedade volta novamente ao seu caráter individual e exclusivista. Os pensadores iluministas como Hobbes e Locke, embora sob pontos de vista diferentes, enxergam a propriedade como um direito natural do homem, relacionando-o com o direito à liberdade.

Para tais pensadores, o princípio agregador da sociedade deveria ser o da busca da felicidade e, nessa busca, o papel do Estado estava em garantir o direito à liberdade individual, à propriedade e à igualdade perante a lei.

Desses pensadores, John Locke (1632-1704), integrante da Escola clássica do direito natural, tem importância destacada. No seu clássico “O segundo tratado sobre o governo”, de 1690, sustenta a idéia de que os homens, em estado de natureza, nascem livres e exercem como direitos essenciais à sua vida a liberdade e a propriedade.

Para Locke (1999) a propriedade era entendida em dois sentidos: um bastante amplo, que se referia a tudo que pertence a alguém, incluindo a vida, o próprio corpo e o patrimônio adquirido. No outro sentido, propriedade era o meio de obtenção da liberdade. Para ele, portanto, vida, liberdade e patrimônio estavam incluídos no direito de propriedade, que existe já no estado natural, antes da sociedade civil, e se justifica no trabalho.

Para Locke o trabalho do homem sobre um bem da natureza, retirando-o da condição natural, faz com esse bem se integre ao patrimônio daquele que nele primeiro trabalhou e transformou.

[...] O trabalho sobre um bem da natureza, retirando-o do estado comum em que se encontrava, fixou minha propriedade sobre ele. Não depende do consentimento expresso de todos os membros da comunidade. [...] É a tomada de qualquer parte do que é comum, com a remoção para fora do estado em que a natureza o deixou, que dá início à propriedade. (LOCKE, 1973, p.371)

A origem do Estado, em Locke, está, assim, na necessidade do homem de buscar a proteção de seus direitos naturais, a liberdade e a propriedade, o que faz por meio do contrato social, confiando seus direitos a uma autoridade comum, sem, contudo, renunciá-los, dizendo “a fim de proteger suas posses, riqueza e propriedade, como ainda sua liberdade e vigor corporal [...] os homens são obrigados a entrar em sociedade uns com os outros [...]” (LOCKE, 1999, p.653).

Jean Jacques Rousseau, outro filósofo dessa época, em sua obra “O Contrato Social” (1762), pontificava que:

[...] o que o homem perde, através do contrato social, é a liberdade natural e um direito sem limites a tudo o que ele pode obter, o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo aquilo que possui. Para não se enganar nestas compensações, precisa distinguir bem a liberdade natural, que não tem outros limites a não ser as forças do indivíduo, da liberdade civil, que é ilimitada pela vontade geral e a posse que não é outra senão o efeito da força ou o direito de primeiro ocupante da propriedade, que não pode ser fundamentado a não ser num título positivo [...] (ROUSSEAU, 1999, p. 1071)

Para Rousseau, o contrato social era uma forma de o homem retornar ao seu estado natural de felicidade e liberdade mediante um contrato, no qual cedia ao Estado, em criação, a sua liberdade natural irrestrita e ganhava uma liberdade civil, que seria garantida e protegida pelo Estado. O contrato social, portanto, tinha um fundo eminentemente pragmático.

Destoando de Locke e de outros filósofos contratualistas de seu tempo, Rousseau não enxerga a propriedade como própria do homem em estado de natureza, que, ao contrário, é livre, igual sendo a terra comum a todos.

Outro ideólogo dessa época, Samuel Von Puffendorf (1632-1694) entendia o direito de propriedade garantido num meio termo entre o direito natural e o direito positivo. Propunha, assim, um direito natural convencional, pois as leis naturais não estipularam a propriedade das coisas que foram sendo adquiridas e divididas mediante convenções entre os homens.

Immanuel Kant (1724-1804), por sua vez, também enxergava a propriedade como um direito natural. No entanto, tal direito era conquistado a partir de uma aquisição originária, independente do Estado, que era apenas provisória, pois somente passava a ser definitiva com sua instituição pelo Estado. Deste modo, afastava-se das teses de Locke, fundadas no trabalho e Rousseau e Puffendorf, baseadas no contrato social.

Os filósofos iluministas, portanto, forjaram um conceito de propriedade que se afirmava como um direito natural, uno, individual e indivisível, sagrado, perpétuo e indisponível. Natural porque inerente à condição humana, incorporando-se a sua própria personalidade e a seu direito de liberdade. Por isso mesmo, também, um direito uno, individual e indivisível. Sagrado, perpétuo e indisponível, em razão da afirmação absoluta dos direitos do indivíduo em face do Estado.

2.5 A propriedade privada na Idade Contemporânea

A Revolução Francesa, em 1789, representa o marco inicial da Idade Contemporânea e seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, forjados na efervescência das idéias iluministas, dão o mote para um direito de propriedade fundado no princípio da igualdade formal de todos perante a lei.

Publicada em 1776, a obra “A Riqueza das Nações”, de Adam Smith (1723-1790), pregava o liberalismo econômico, e um Estado do *laissez-faire*, que permitiria à economia e a vida a se adaptar de modo natural às regras do mercado. O papel do Estado estava limitado a três funções:

Primeiro, a função de proteger a sociedade da violência e da invasão de outras sociedades independentes; segundo, a função de proteger, na medida do possível, todo membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer de seus membros ou a função de oferecer a perfeita administração da Justiça; e, por fim, a função de fazer e conservar certas obras públicas e de criar e manter certas instituições públicas, cuja criação e manutenção nunca despertariam o interesse de qualquer indivíduo ou de um grupo de indivíduos, porque o lucro nunca cobriria as despesas que teriam estes indivíduos, embora, quase sempre, tais despesas pudessem beneficiar e reembolsar a sociedade como um todo. (SMITH *apud* HUNT, 1989, p. 78)

Para Adam Smith, os indivíduos, livres para buscar os seus próprios interesses sem a intervenção do Estado, através de uma “*mão invisível*”, promoveriam, também, a riqueza e o interesse de toda a sociedade.

Todo indivíduo, necessariamente, trabalha no sentido de fazer com que o rendimento anual da sociedade seja o maior possível. Na verdade, ele geralmente não tem intenção de promover o interesse público, nem sabe o quanto o promove. Ao preferir dar sustento mais à atividade doméstica que à exterior, ele tem em vista apenas sua própria segurança; e, ao dirigir essa

atividade de maneira que sua produção seja de maior valor possível, ele tem em vista apenas seu próprio lucro, e neste caso, como em muitos outros, ele é guiado por uma mão invisível a promover um fim que não fazia parte de sua intenção. E o fato de este fim não fazer parte de sua intenção nem sempre é o pior para a sociedade. Ao buscar seu próprio interesse, freqüentemente ele promove o da sociedade de maneira mais eficiente do que quando realmente tem a intenção de promovê-lo. (SMITH, 2001, p. 203)

Fundamentada, assim, no liberalismo econômico, a Idade Contemporânea se inicia dando ênfase aos direitos individuais, dentre os quais se sobressai o direito de propriedade, que era enxergado e exercido como um direito inerente à condição humana, absoluto e sagrado.

Documento revelador de tal concepção da propriedade é a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” aprovada em 26 de agosto de 1789, cujo artigo 17, assim proclamava: “sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente comprovada, o exigir, e sob condição de justa e prévia indenização.” (COSTA, p. 30 e 31, tradução nossa)⁸

Assim, elevada à categoria de direito fundamental, a propriedade passa a ter o mesmo status da liberdade e da vida, como, aliás, já falava Locke.

Mais adiante, o Código Civil francês, de 1803, mais conhecido como o Código de Napoleão, seguindo a mesma ideologia, proclamará: “a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas de modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos”. (COSTA, p.31)

Nessa inauguração da Idade Moderna, há a ideologia fundada nos ensinamentos iluministas, criou o Estado de direito, onde se afirmou a liberdade individual e a igualdade de todos perante a lei, como se a lei, por si só, pudesse tornar iguais as pessoas.

Há, assim, uma concepção de Estado fundada apenas no homem, como indivíduo separado dos demais, a quem se incumbe o dever de buscar os próprios interesses, com base na igualdade formal a ele garantida pelo Estado. Não se punha em discussão o cidadão, inserido no contexto de uma sociedade que não possibilitava a igualdade material, tal como preconizada formalmente. Tal igualdade, portanto, não passava de mera expressão retórica.

⁸ *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.*

Nesse contexto, Bobbio (1992) em a “A Era dos Direitos”, enxerga o que chama de uma primeira geração de direitos – os direitos individuais, que cumprem o papel de dar ao homem a liberdade proclamada no ideal da revolução francesa.

Com a Revolução Industrial, desponta uma nova classe social, a dos proletários, trabalhadores urbanos das fábricas, os quais estavam submetidos a toda a sorte de exploração – jornada de trabalho excessiva, de até dezesseis horas por dia, remuneração indigna, insalubridade, falta de segurança, trabalho infantil e péssimas condições de vida.

Logo surgiu uma reação na forma de greves e rebeliões, como as de 1848 na França e na Alemanha e a célebre “comuna de paris”, em 1871.

Nesse contexto, nasceram o anarquismo e o socialismo, que propunham o fim da propriedade privada – um dos principais valores da Declaração dos Direitos do Homem – e o fim das diferenças de classes.

Karl Marx, um dos principais expoentes do socialismo, apontará o valor econômico do trabalho como a fonte determinante da acumulação de riquezas. Teorizou, assim, que a alienação do trabalho é a responsável pelo aumento da produtividade, do desenvolvimento da propriedade privada e das diferenças de riqueza, o que faz surgir o conflito de classes.

Para Marx, o salário recebido pelo proletariado será sempre muito menor do que o valor real de seu trabalho, essa diferença, que chama de “mais-valia”, é apropriada indevidamente pelas classes dominantes, donas dos meios de produção, com o que acumulam cada vez mais riquezas, enquanto o proletário fica cada vez mais pobre.

Outro conceito importante dentro da teoria marxista é a alienação do trabalho, que se dá em três momentos – a alienação do produto do trabalho; a alienação do ato do trabalho e a alienação da vida genérica.

No primeiro momento, o produto do trabalho, como mercadoria, é vendido e sai das mãos de seu produtor, submetendo-se às leis impessoais do mercado. Perde o trabalhador, assim, qualquer relação com o produto do seu trabalho, que não é realizado para atingir às suas expectativas pessoais, mas as de terceiros, ocorrendo, desse modo, o que chama de uma despossessão.

No segundo momento, o próprio ato do labor é despersonalizado. O proletário, subordinado que está aos fins, meios e métodos impostos pelo detentor do capital, não sabe sequer porque realiza o ato laboral.

No que tange ao terceiro momento, dizia Marx:

[...] o conjunto dos meios de produção existentes numa dada época histórica, o conjunto dos meios científicos e técnicos da cultura e do poder que eles representam, são o fruto do trabalho e do pensamento de todas as gerações anteriores [...] quando os meios de produção são propriedades privadas, todo este patrimônio, no qual se apresenta a obra criadora de toda a humanidade passada, da humanidade enquanto 'ser genérico' está em mãos de alguns poucos indivíduos que dispõem, assim, de todas as invenções acumuladas por milênios de trabalho e de gênios humanos. (MARX *apud* COSTA, 2003, p. 33)

Assim, é a propriedade privada responsável maior pela alienação do trabalho, uma vez que concentra, indevidamente, nas mãos de alguns, o que não é passível de apropriação individual, mas pertence a toda a humanidade.

Não há, em Marx, portanto, qualquer espaço para a propriedade privada pregada e praticada com base nos princípios proclamados pela declaração de direitos, e, juntamente com Engels, pregava a total abolição da propriedade burguesa, como fundamento do comunismo.

Marx rechaça, assim, a concepção liberal-burguesa dos direitos humanos, expressa nas declarações americana de 1776 e francesa de 1789, negando sua universalidade e apontando-os como identificados com os interesses de uma classe social dominante que usa a força do trabalho como instrumento de dominação.

Outro teórico dessa época, Pierre-Joseph Proudhon, expoente da teoria anarquista, entendia ser a propriedade um direito alienável, divisível e de exclusão, discordando da inclusão desse direito entre os direitos naturais, não podendo ser identificado com os direitos à liberdade, igualdade e segurança, que eram direitos inalienáveis, indivisíveis e sociais.

Para Proudhon:

A propriedade é um direito que existe fora da sociedade. Se propriedade fosse um direito natural, seria um direito de igualdade e não um direito de exclusão. Além disso, os demais direitos nascem, vivem e morrem conosco, enquanto a propriedade existe mesmo sem proprietário, como uma faculdade sem sujeito; existe para o ser humano ainda não concebido e para o octogenário que desapareceu. (PROUDHON *apud* COSTA, p.34)

Na obra, *“La Théorie de la Propriété”*, Proudhon teoriza a propriedade como uma função, e não como um direito, conforme vale a pena conferir:

A propriedade revela-se como uma função à qual todo cidadão é chamado [...] assim como é chamado a produzir. Melhor dizendo, a propriedade só se

torna um direito na medida em que é uma função. É uma função social e econômica: a propriedade resulta do trabalho coletivo, por isso pertence ao ser coletivo. Sua utilização fica submetida às exigências do ser coletivo, do bem comum. A própria humanidade não é proprietária da terra. Devemos cultivá-la, possuí-la, usufruí-la não arbitrariamente, mas segundo as regras que a consciência e a razão descobrem, e com um fim: regras que excluem qualquer absolutismo da nossa parte. (PROUDHON *apud* COSTA, p.34)

Nesse contexto, a Igreja Católica também se apresenta, contrapondo-se à doutrina marxista, mas reconhecendo a gravidade da questão social e das enormes diferenças sociais existentes entre os detentores do capital e a classe trabalhadora.

Através da Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, o Papa Leão XIII, criticava as posições socialistas sobre a propriedade, dizendo *que*:

Os socialistas, para curar esse mal, instilam nos pobres o ódio invejoso contra os que possuem e pretendem que toda propriedade e bens de um indivíduo qualquer devem ser comuns a todos, voltando sua administração para o Estado. (COSTA, p.34)

Não deixava de reconhecer, no entanto, a necessidade de uma maior distribuição da propriedade, posto que um direito natural de todos, decorrente da própria vontade de Deus. Introduz-se, assim, no ideário da Igreja, a noção de justiça social.

Mais tarde, já em 1931 a Encíclica *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, ratifica as críticas contra o socialismo marxista, reiterando que o progresso econômico e as riquezas dele advindas devem ser repartidas entre os indivíduos, para que se prestem a uma utilidade comum. Pugna pela possibilidade do proletariado poder formar um patrimônio e ter uma renda digna, capaz de satisfazer suas necessidades básicas. Nesse sentido, a Encíclica combatia tanto o socialismo, que pregava um domínio único do Estado, quanto o capitalismo, que impedia a distribuição das riquezas que eram mantidas nas mãos de uns poucos privilegiados.

Em 1961, a Encíclica *Mater et Magistra*, de João XXIII, reconhecendo a socialização como uma marca de seu tempo, reafirma o direito de propriedade como um direito de todas as classes sociais e aborda o tema da função social da propriedade (art.119).

No Concílio do Vaticano II, ocorrido entre 1962 e 1965, ainda no pontificado de João XXIII, é reforçado tal entendimento. Na encíclica *Pacem in Terris*, de 1963, João XXIII reafirma: “Torno a lembrar que o direito de propriedade se situa no contexto de má função social.” (COSTA, p.37)

Sob o pontificado de Paulo VI, através da Encíclica *Popularum Progresso*, de 1967, dá-se um passo ainda maior em relação às encíclicas anteriores, afirmando o papa que “A propriedade privada não constitui para ninguém um direito incondicional e absoluto” (COSTA, p.37)

Vê-se, assim, que a partir da segunda metade do século XIX, a questão relativa à função social da propriedade, passa a integrar o trabalho dos pensadores de então. No campo da sociologia Auguste Comte, na obra “*Sitemel de Politique Positive*”, de 1851 e o já referido Pierre-Joseph Proudhon, em obra datada de 1865, vão influenciar juristas como Josserand e Léon Duguit.

Duguit, no campo da reflexão jurídica, dirá que a propriedade não deve existir senão na medida do interesse social. Em sua obra “*Les Transformations Générales du Droit Privé depuis Le Code Napoléon*”, instaurará um movimento sociologista do direito, contrapondo-se aos exageros positivistas, afirmando existir verdadeira revolta entre os fatos e os Códigos, pois o dinamismo da sociedade não se prende ao rigorismo da lei, devendo o direito, para sobreviver, se adaptar às transformações éticas, morais e econômicas da sociedade.

Para Duguit, a proteção do direito positivo à propriedade individual, só teria sentido se tal propriedade tivesse uma finalidade social.

Na verdade, em Duguit a propriedade não é um direito subjetivo, mas uma função, uma “propriedade-função”. Não chegava a negar a existência de uma função individual na propriedade ao lado da função social, no entanto, esta última deveria prevalecer e criticava, assim, o fato de as legislações darem mais importância à função individual.

Moacir Lôbo Costa, assim analisa a doutrina de Duguit:

Partindo do pressuposto doutrinário de que a propriedade não é um direito, mas a própria coisa, e, assim, o proprietário não titular de um direito subjetivo de propriedade em relação a terceiros no que diz respeito à coisa, mas encontra-se, apenas, numa situação de direito objetivo, protegida pela regra social que veda as perturbações de terceiros ao uso e gozo do bem, segundo sua finalidade, Duguit coerentemente, com os postulados filosóficos do positivismo de Auguste Comte, em que assentou os fundamentos de sua doutrina, passou ao desenvolvimento da consequência lógica daquele princípio, de que **a propriedade não é um direito subjetivo, e há, para todo detentor de riqueza, a obrigação de empregá-la de acordo com sua finalidade**, aumentando a interdependência social, visto que a propriedade é uma função social, podendo o detentor da riqueza realizar um certo trabalho no sentido de aumentar a riqueza em geral, fazendo valer o capital que possui. (COSTA, Moacir Lôbo *apud* COSTA, Cássia Celina P. M., p.41-42. Grifo nosso)

Josserand, por sua vez, conforme lição de Darcy Bessone (1993), irá além de Duguit, pois não se limitou a destacar a função social da propriedade que é apenas um dos direitos subjetivos, mas que cada direito subjetivo é instituído com vista a um interesse geral ou social, homenageando não ao interesse egoístico do indivíduo, mas a toda a sociedade. Assim, ao exercer seu direito subjetivo, o indivíduo tem de levar em conta o fim social que inspirou o legislador a formular a norma, não se podendo permitir que ao titular, caiba o poder de abusar do direito que detém.

Nesse diapasão, assinala Rogério Gesta Leal:

Conforme esta concepção, ela é uma situação jurídica puramente objetiva; o ordenamento não protege o direito subjetivo de usar a coisa segundo a vontade, mas garante, tão somente, a liberdade do possuidor da mesma de satisfazer a função social que lhe compete pelo fato de ser o detentor da riqueza. Há abuso de direito quando, no seu exercício, não forem considerados os interesses de outros indivíduos. Nele coexistem o dever do exercício e os individuais e coletivos. O proprietário obriga-se a exercer seu direito, quando assim lhe exige o bem comum. Se o titular do direito não utiliza as faculdades inerentes ao domínio para extrair do bem os frutos que este tem capacidade de produzir, ficará sujeito às cominações legais, para que a propriedade possa ser recolocada em seu caminho normal. A função social aqui, visa justamente fazer com que ela seja utilizada de maneira a cumprir o fim a que se destina, ao menos dogmaticamente, não gerando contraposição entre os interesses individuais e coletivos. (LEAL *apud* COSTA, p.42-43)

Observa-se, assim, uma tendência socializadora do direito de propriedade que toma forma a partir das chamadas “cartas sociais”, das quais é exemplo a Constituição Brasileira de 1988, que atribuem ao direito de propriedade não mais um caráter sagrado e absoluto como preconizado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, mas uma função social, a ser exercida em benefício da coletividade.

Vimos ao longo desta breve reconstrução histórica que o direito de propriedade da antiguidade até os nossos dias passou por diversas transformações, não se podendo lhe atribuir um conceito único e imutável ao longo da história.

Na **antiguidade remota**, prevalece uma propriedade coletiva voltada para a família.

Na **antiguidade clássica da Grécia e Roma**, surge a propriedade privada e individual.

Na **Idade Média**, o direito de propriedade é desdobrado entre vários titulares, verificando-se a figura do senhor proprietário da terra e os servos a ele

subordinados, mas detentores do domínio útil sobre a terra numa relação interdependente.

Na **Idade Moderna**, a propriedade unitária, individual e livre renasce com fundamento no direito natural.

Na **Idade Contemporânea**, inaugurada com as revoluções burguesas, das quais a Revolução Francesa é o marco mais destacado, o direito à propriedade privada identificado com o direito à própria liberdade, é declarado como absoluto e sagrado, e formalmente garantido a qualquer que o pudesse adquirir, com base no princípio da igualdade de todos perante a lei.

No século XIX, a Revolução Industrial marca o início de uma era de produção em massa e, também, de massificação do trabalho. Está em evidência que o individualismo decorrente das doutrinas liberais alargou o fosso existente entre as classes privilegiadas, detentoras dos meios de produção, e a classe trabalhadora, que se sujeitava a condições subumanas de trabalho, em jornadas excruciantes de até dezoito horas por dia, às quais se submetiam também mulheres e crianças.

Nesse contexto, as idéias socialistas de Marx e Engels, influenciam os movimentos coletivos em busca de melhores condições de vida e trabalho. A Igreja Católica, mesmo combatendo o socialismo, toma parte no debate pugnano por maior distribuição de renda e condições mais dignas para as classes menos favorecidas.

Surge assim, a figura da função social da propriedade nos escritos do anarquista Proudhon que influenciará a doutrina de Léon Duguit, que concebe a propriedade não como um direito subjetivo do proprietário, mas como uma função, que acarreta ao proprietário o dever de usá-la em prol da sociedade.

Estão fixadas, assim, as bases para a teoria da função social da propriedade que, no século XX, ganha foro constitucional, tendo como pioneiras as Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919.

2.6. A propriedade privada no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, a propriedade inicial foi a propriedade enfitêutica típica da Idade Média, tendo a Coroa Portuguesa dividido o território da Colônia em “Capitanias Hereditárias” – longas porções de terras que iam da costa até o limite imaginário do Tratado de Tordesilhas.

Esses lotes de terras foram distribuídos pela Coroa, em caráter vitalício e hereditário, a alguns nobres, com a incumbência de que explorassem o território da Colônia e dividissem com o Rei os resultados obtidos.

Tais donatários poderiam, ainda, doar porções de sua capitania a pessoas interessadas na ocupação e exploração do território. Ao contrário do donatário, no entanto, que era titular de um domínio útil, mas não da propriedade, que pertencia ao Rei, os sesmeiros, após dois anos, adquiriam a propriedade da porção que lhe fora doada.

O sistema jurídico desse tipo de propriedade estava orientado de modo disperso pelas Ordenações e por uma gama de resoluções administrativas, avisos, forais, cartas de doação, dentre outros; estando seus fundamentos e concepções fulcrados no Estado absolutista.

Essa gama de dispositivos resultou numa legislação fragmentária e desconexa, revogada e reafirmada periodicamente. É possível afirmar, no entanto, que o sistema de sesmarias, foi o regime básico de propriedade da terra no início da colonização.

Tal sistema, no entanto, concebido inicialmente para o povoamento de terras portuguesas desabitadas em razão da peste negra, e, simplesmente, adaptado à colonização das terras brasileiras pela ausência de melhor regime jurídico, resultou, na verdade, no uso, mais ou menos, generalizado da posse sem título como sistema de ocupação da terra.

A proclamação da independência só vem a ocorrer em 1822, data a partir da qual o Estado brasileiro começará a se organizar e a produzir sua própria legislação e a construir o seu ordenamento jurídico.

Paulo Bonavides (2002), divide a evolução constitucional brasileira em três fases históricas bem marcadas pelos valores políticos, jurídicos e ideológicos que preponderavam em cada uma. A primeira se refere ao “**constitucionalismo do**

império”, marcado pela influência inglesa e francesa. A segunda, que tem como modelo o sistema federalista e presidencialista americano, é a fase do “**constitucionalismo da Primeira República**”. A terceira, que se encontra em curso, é, segundo Bonavides, a fase do “**constitucionalismo do Estado social**”, cujas influências são as constituições de Weimar e Bonn.

Seguindo a divisão proposta por Paulo Bonavides, tem-se **na primeira fase** a outorga da **Constituição de 1824**, cujo texto, baseado nos princípios liberais do século XVIII, prevê a plenitude do direito de propriedade que só será afetado por necessidade do bem público, legalmente constatada e desde que mediante prévia indenização. É o que se confere no caput de seu art. 179 e incisos XXII e, ainda, no inciso XXVI, que garante o direito à propriedade intelectual.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas producções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação.

Há, no texto, clara marca da ruptura com os valores absolutistas das ordenações portuguesas então em vigor. Previa o texto constitucional, aliás, que se organizasse, o quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundados sobre as novas bases do nascente Estado brasileiro. “XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”.

A Constituição de 1824 viveu durante 65 anos, sendo assim o texto constitucional mais longevo na história constitucional brasileira, embora fossem marcantes as divergências entre a realidade social da época e o texto constitucional.

A **segunda fase** da história constitucional brasileira se inaugura com o advento da República, proclamada a 15 de novembro de 1889, no contexto do ressentimento dos escravocratas, do fortalecimento militar e das aspirações federalistas e presidencialistas.

Em 24 de fevereiro de 1891 é promulgada, então, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, sob a nítida influência do ideário liberal contido na

Constituição e do modelo político americanos. Sobre essa nova fase, Paulo Bonavides assim comenta:

Os novos influxos constitucionais deslocavam o Brasil constitucional da Europa para os Estados Unidos, das Constituições francesas para a Constituição norte-americana, de Montesquieu para Jefferson e Washington, da Assembléia Nacional para Constituinte de Filadélfia e depois para a Suprema Corte de Marshall, e do pseudoparlamentarismo inglês para o presidencialismo americano.

[...]

O novo Estado constitucional já não pretendia, pois, oscilar formalmente com um pêndulo entre as prerrogativas do absolutismo decadente e as franquias participativas do governo representativo. Converteu-se, com a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, num Estado que possuía plenitude formal das instituições liberais, em alguns aspectos deveras relevantes, trasladadas literalmente da Constituição americana, debaixo da influência de Rui Barbosa, um jurista confessadamente admirador da organização política dos Estados Unidos. (BONAVIDES, 2002, p.330),

A nova constituição manteve a plenitude do direito de propriedade, tal qual previsto na Constituição do império; acrescentava, todavia, a noção de necessidade ou utilidade pública para os casos de desapropriação. Mantinha, ainda, especificando-o de forma mais pormenorizada, o direito à propriedade intelectual, conforme se confere no seu art. 72 e parágrafos 17, 25, 26 e 27, abaixo transcritos:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

§ 25 - Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento.

§ 26 - Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

§ 27 - A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica.

No contexto da nova Constituição, nasce, também, o Código Civil, que somente viria a ser publicado em 1º de janeiro de 1916 e, cujo projeto elaborado por Clóvis Beviláqua, iniciara-se em abril de 1889, antes, ainda, da Proclamação da República, e seria encerrado em novembro, coincidindo com aquela.

Como obra de seu tempo, o Código recolheu e fixou no seu texto a filosofia da sociedade burguesa, baseada nos princípios do liberalismo econômico e da plena liberdade do indivíduo, para agir e contratar sob o império de sua vontade, podendo-se afirmar com Pontes de Miranda que:

[...] o Código Civil brasileiro, um tanto individualista, tímido, e menos político, mais sentimental do que os outros, porém mais sociável e menos social do que devia ser, serve para que se lhe descubra a intimidade daquele pensar por si, que Teixeira de Freitas ensinou à Sul-América, e os traços de generosidade orgânica, de aferro leigo às instituições religiosas-morais, de povo mais caracteristicamente jurídico do que todos os outros da América. (PONTES DE MIRANDA, 1981, p.9)

Assentado sob três pilares básicos: a família, a propriedade e o contrato; o, então, nascente Código Civil, como assinala Fachin (2003), era, em essência, o estatuto do patrimônio. O sujeito de direito era o sujeito de patrimônio, que o adquire mediante o contrato e, logo, o sujeito de contrato, o qual seria celebrado sob a máxima do *pacta sunt servanda* e da total e irrestrita autonomia da vontade.

Nesse sentido, leciona Fachin:

[...] os três pilares fundamentais, cujos vértices se assentam à estrutura do sistema privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas sobre as coisas. (FACHIN 2003, p.12-13)

A inspiração do Código Civil de 1916, cujo projeto, como dissemos, data de 1889, ainda antes da Proclamação da República, não bebeu das fontes que viram na propriedade uma função social, embora em sua época já fervilhassem na Europa os movimentos e as doutrinas socialistas.

Ao tratar do direito de propriedade, não lhe dá uma definição, preferindo a técnica de enumeração de seu conteúdo – usar, gozar, dispor e reivindicar, conforme seu art. 524. “Art. 524 - A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

De notar da dicção legal, que o direito do proprietário sobre a coisa era algo que precedia à própria lei, cuja função é apenas lhe assegurar o direito que ele já possuía antes dela.

Não se pode negar, todavia, que o Código estabelecia uma série de restrições ao direito de propriedade. No entanto, tais limitações tinham relação, basicamente, com o direito de vizinhança, levando à conclusão de que, para o Código Civil de 1916, a propriedade só era limitada por outra propriedade.

Não há, no Código de 1916, palavra sobre a função social da propriedade. A propriedade preconizada no texto legal é a propriedade do indivíduo que a exerce nos limites de sua própria vontade, podendo dela fazer o que bem entender, excetuadas, somente, as disposições concernentes a direitos de vizinhança.

A Constituição de 1934 inaugura a **terceira fase** do constitucionalismo brasileiro, a do “**constitucionalismo do Estado social**”, sob a influência das Constituições mexicana e de Weimar, afastando-se, assim, do caráter liberal e dos princípios da Constituição dos Estados Unidos da América.

Comparada às anteriores, a Constituição de 1934 é inovadora, trazendo como preocupação central a questão social. A propriedade continua garantida constitucionalmente, como direito fundamental, tal como a vida, a liberdade e a segurança individual, no entanto, a propriedade, como pela primeira vez se reconhece num texto constitucional, tem seu exercício limitado pelo **interesse social**.

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

18) Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou concederá justo prêmio, quando a sua vulgarização convenha à coletividade.

19) É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso do nome comercial.

20) Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de produzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar.

Comentando essa fase constitucional, Bonavides assim se expressa:

O constitucionalismo dessa terceira época fez brotar no Brasil desde 1934 o modelo fascinante de um Estado social de inspiração alemã, atado politicamente a formas democráticas, em que a Sociedade e o homem-pessoa – não o homem-indivíduo – são os valores supremos. Tudo, porém,

indissolúvelmente vinculado a uma concepção reabilitadora e legitimante do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade. BONAVIDES (2002, p.334),

A Constituição de 1934, no entanto, durou pouco tempo. Logo em 1935 uma revolta de características socialistas, liderada por Luis Carlos Prestes, deu a Getúlio Vargas, presidente de então, a justificativa para, num golpe de Estado, iniciar um período ditatorial a que deu o nome de Estado Novo.

Vargas dissolve, então, a Câmara e o Senado, revoga a Constituição de 1934 e a 10 de novembro de 1937, e outorga uma nova Constituição.

Por óbvio, dado o contexto em que outorgado, o novo texto constitucional não albergava vários dos direitos obrigatoriamente incluídos nas constituições dos regimes democráticos. Assim, não constavam da Constituição de 1937, os princípios da legalidade, da irretroatividade da lei e nem o Mandado de Segurança inaugurado pela anterior Constituição de 1934. Reaparece, no entanto, a pena de morte para crimes políticos e homicídios cometidos por motivo fútil e com requintes de perversidade.

A propriedade, no entanto, a exemplo das demais, garantia o direito de propriedade ao lado de outros direitos individuais, como a liberdade e a segurança. No entanto, ressalvava que tais direitos deveriam ser exercidos de acordo com o bem público, o que nesse contexto, significa a sujeição ao regime ditatorial vigente e não o bem da sociedade representada no Estado.

Por isso mesmo, limitou-se a Constituição a garantir o direito, relegando à lei ordinária a incumbência de definir o seu conteúdo e seus parâmetros, conforme se confere na transcrição a seguir, que contempla, ainda, o preâmbulo constitucional, revelador do contexto histórico de então:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL,
ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;
ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente;
ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;

Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;

Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País:

DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício;

Após o término, em 1945, da Segunda Guerra Mundial, com a vitória dos países democráticos, clamava-se por uma redemocratização. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 nasce, assim, sob o signo do idealismo que buscava a restauração de conquistas como a separação harmônica dos Poderes, o Mandado de Segurança, o *habeas corpus*, o controle de constitucionalidade das leis, entre outras.

Baseou-se a Constituição de 1946 em suas antecessoras de 1891 e 1934, buscando uma mescla de direitos liberais e sociais. O direito de propriedade foi incluído tanto no elenco dos direitos e garantias fundamentais, como no título destinado à ordem econômica, explicitando, assim, pela primeira vez, a preocupação com a função social da propriedade ao condicionar o seu uso ao bem-estar social (art. 147).

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

§ 17 - Os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio.

§ 18 - É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial.

§ 19 - Aos autores de obras literárias artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar.

Da Ordem Econômica e Social

Art. 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.

Art. 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

Art. 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

Vê-se pela redação do art. 147, acima transcrito, que o condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social e a promoção de sua redistribuição social, se constituíam em normas programáticas, dependentes de lei complementar que as regulasse, leis essas que nunca vieram a ser criadas, demonstrando, assim o insucesso da tentativa de harmonização entre o Estado liberal e o Estado social.

Um dos constituintes de 1946, o jurista e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Aliomar Baleeiro, assim comenta:

A Constituição de 1946 – se for objeto de estudos quanto à composição social e profissional de seus membros, a exemplo da aguda investigação de Charles Beard sobre a Convenção de Filadélfia – revelará que congregava maciçamente titulares da propriedade. Mais de 90% dos constituintes eram pessoalmente proprietários ou vinculados por seus parentes próximos – pais e sogros – à propriedade, sobretudo, imobiliária. Compreende-se que desse corpo coletivo jamais poderia brotar texto oposto à propriedade [...] (BALEIRO, 1977, p.238)

Bonavides e Andrade (1991), concluem que “a propriedade protegida ontem ao extremo pela lei do Estado de direito do liberalismo, e, a seguir, exposta aos perigos, buscou proteger-se da lei no Estado social das massas.” (BONAVIDES e ANDRADE, 1991, p.411)

Sob a vigência da Constituição de 1946, merece destaque a promulgação da Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964, conhecida como o Estatuto da Terra, que em seu artigo 2º delimita a definição de função social da propriedade rural, e cujo texto merece transcrição, por sua pertinência não só ao presente tópico, como ao próprio tema proposto, com destaque para a alínea **c** de seu parágrafo primeiro.

Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de aces so à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralment e a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;**
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem. (Grifo nosso)

Ainda sob a vigência da Constituição de 1946, veio a ocorrer o Golpe Militar de 1964, que instituiu uma nova ordem política incondizente com o texto da Constituição vigente. Seguiram-se vários atos institucionais e complementares, que acabaram por descaracterizar a Constituição em sua essência original.

Deste modo, a 24 de janeiro de 1967, foi promulgada a Constituição do Brasil de 1967, marcada, tal qual a de 1937, pela preocupação com a segurança nacional.

O direito de propriedade, a exemplo de sua previsão anterior, foi assegurado tanto no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, quanto no título da ordem econômica e social, que previa a realização da justiça social com base, entre outros, no princípio da função social da propriedade (art.157, III).

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 22 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

§ 24 - A lei garantirá aos autores de inventos Industriais privilégio temporário para sua utilização e assegurará a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do nome comercial.

§ 25 - Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.

Da Ordem Econômica e Social

Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;

V - desenvolvimento econômico;

VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Período marcado pela polarização leste-oeste, da chamada “guerra fria” e tendo como principais protagonistas os militares golpistas que assumiram o poder. É

curioso como o termo função social, ligado historicamente a ideários socializantes, tenha passado ao texto constitucional.

O texto constitucional de 1967 não tardou a ser alterado. A partir de 1968, com o Ato Institucional nº 5, o famigerado AI 5, o país ingressa num dos momentos mais turbulentos de sua história política, havendo um recrudescimento da ditadura que como o novo Ato Institucional assumia feições ainda mais autoritárias.

Assim, a 17 de outubro de 1969, era promulgada a Emenda Constitucional nº 1, que reproduzia de forma praticamente literal o texto da Constituição de 1946, podendo-se dizer que, para além de uma mera emenda, tratava-se de um verdadeiro novo texto constitucional, posto não guardar qualquer compromisso com o texto então vigente.

O direito de propriedade, no entanto, se manteve incólume, com previsão tanto entre os direitos fundamentais, no art. 153, quanto entre os princípios da ordem econômica e social, mantendo-se a expressão função social da propriedade, conforme se verifica na transcrição a seguir:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 22. É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título de dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

§ 24. A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do nome comercial.

§ 25. Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.

DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL

Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;

V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e

VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo. (grifo nosso)

Importante ressaltar que a questão da função social da propriedade, embora já vislumbrada desde a Constituição de 1946 e expressa na Constituição de 1967/1969, não tinha o mesmo alcance que hoje se pode extrair da Constituição de 1988, o que talvez explique o fato de tal expressão haver sobrevivido aos tempos da ditadura.

Na verdade, a função social naquele contexto não passava de mera limitação extrínseca ao direito de propriedade, quase que vinculada somente à questão do abuso do direito.

Como já destacado, em outros pontos, no entanto, a partir da Constituição de 1988 e da construção do Estado Democrático de Direito, a expressão função social ganha novos contornos e aprofunda-se em direção ao direito privado, praticamente amalgamando-se ao direito de propriedade e, não só a este, mas também a outras instituições de direito civil, como o contrato, por exemplo.

No final da década de 70, a ditadura militar começa a apresentar sinais claros de desgaste, não suportando as pressões sociais pela redemocratização. A inflação galopante, resultado do endividamento decorrente dos períodos de intenso crescimento, põe em cheque a força política dos militares, que iniciam, assim, uma abertura gradual e se preparam para a transferência do poder.

Após intensas manifestações pró-eleições diretas que não lograram êxito, foi eleito pela via indireta do Congresso Nacional um presidente civil e de oposição, Tancredo Neves, que não chegou a tomar posse em razão de seu falecimento um dia antes da posse, marcada para 22 de abril de 1985.

Em seu lugar, assume o vice, José Sarney, inaugurando-se a redemocratização do país. Na esteira desses acontecimentos, é convocada, então, a Assembléia Nacional Constituinte, que, ao cabo de vinte meses e quatro de dias de duração, sob a presidência de Ulisses Guimarães, promulga a Constituição da República do Brasil de 05 de outubro de 1988.

A partir da Carta de 1988, o Brasil é elevado à categoria de Estado Democrático de Direito. O rol dos direitos fundamentais foi significativamente ampliado. Promoveu-se, uma valorização sem precedente da autonomia dos Estados e Municípios. As competências do Poder Executivo foram reduzidas e ampliadas, proporcionalmente, as do Legislativo e Judiciário, reequilibrando-se, assim, os poderes da República, ficando assim lançadas as bases:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Quanto à propriedade privada, essa se manteve entre os direitos fundamentais, ao lado dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, tal como reconhecida desde a Revolução Francesa e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

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: (Grifo nosso)

Tal propriedade, no entanto, está direta e indissolúvelmente vinculada à função social, que na Constituição de 1988, integra o rol dos direitos fundamentais, na forma do art. 5º, incisos XXII e XXIII e não somente o dos princípios da ordem econômica e social, como acontecia na Constituição de 1967. “Art. 5º [...] XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”

No que tange à desapropriação e ao uso da propriedade particular pelo Estado, a Constituição de 1988 manteve quase idênticos os termos de sua antecessora.

Art. 5º [...]

XIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

No entanto, regrou a propriedade em diversos dispositivos, fazendo menção a uma propriedade urbana e rural, para as quais estabeleceu parâmetros e proteções diferenciadas, tendo como parâmetro um nítido caráter intervencionista e solidarista.

Assim, pôs a pequena propriedade rural a salvo da penhora por dívidas decorrentes de sua atividade produtiva, determinou o incentivo de seu desenvolvimento e a protegeu da desapropriação para fins de reforma agrária.

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

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.

Seguindo o exemplo de sua antecessora, a Constituição de 1988 também incluiu a propriedade entre os princípios informadores da ordem econômica, ampliando, no entanto, o rol desses princípios, fazendo deles constar, também, entre outros, a defesa do consumidor e do meio ambiente.

TÍTULO VII

Da Ordem Econômica e Financeira

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

Embora a Constituição de 1946 tenha sido, a rigor, a primeira em falar na função social da propriedade, expressão que também figurava na Constituição de 1967, foi a Constituição de 1988 que deu a essa expressão verdadeiro significado e densidade normativa, fixando com precisão, que a propriedade urbana cumprirá sua função social, quando atender as exigências fundamentais de ordenação da cidade (182, §2º), expressas no plano diretor, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes (182, §1º).

Na mesma esteira, merece destaque especial o § 4º, do art. 182, que prevê a possibilidade de intervenção municipal na propriedade urbana não utilizada ou subutilizada, prevendo as figuras do parcelamento compulsório, do IPTU progressivo no tempo e, como último recurso, a desapropriação, com pagamento em títulos da dívida pública, com prazo de resgate de até dez anos, que veio a ser regulamentado pela Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade.

CAPÍTULO II DA POLÍTICA URBANA

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.

§ 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 dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Outro dispositivo a ser destacado em relação ao regramento da política urbana é o artigo 183, que garante ao possuidor de área urbana de até 250 m², o direito de adquiri-la, por usucapião, desde que a possua de forma mansa, pacífica, ininterrupta e com ânimo de dono, pelo reduzido prazo de cinco anos, e nela tenha estabelecido sua moradia e sua família.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta 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.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

A propriedade rural, da mesma forma, recebeu tratamento específico no capítulo da política agrícola, fundiária e da reforma agrária, onde ficou estabelecida, no art. 184, a possibilidade de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, da propriedade rural **que não cumpre a sua função social**.

CAPÍTULO III

DA POLÍTICA AGRÍCOLA E FUNDIÁRIA E DA REFORMA AGRÁRIA

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º - O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º - Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º - O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º - São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

No artigo 185, estabelece a vedação de desapropriação da pequena propriedade rural e, no inciso II, estende tal vedação à propriedade produtiva, dispositivo que tem causado polêmica, bastante pertinente ao tema em apreço, pois é possível que a propriedade, embora produtiva, não cumpra a sua função social, restando saber, nesse caso, se a desapropriação para fins de reforma agrária seria possível.

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.

Na seqüência, o artigo 186 estabelecerá as condições em que a propriedade rural cumpre a sua função social, merecendo destaque o inciso II, que se refere à preservação ambiental.

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.

Os demais artigos do capítulo em comento prosseguirão tratando dos critérios da política agrícola que deve ser implementada pelo Estado brasileiro, onde se observa que a Constituição, embora garanta a livre iniciativa, quer que o Estado intervenha e participe no exercício da propriedade rural, inclusive a pública (art.188) sempre com vistas ao alcance de sua função social.

Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:
 I - os instrumentos creditícios e fiscais;
 II - os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização;
 III - o incentivo à pesquisa e à tecnologia;
 IV - a assistência técnica e extensão rural;
 V - o seguro agrícola;
 VI - o cooperativismo;
 VII - a eletrificação rural e irrigação;
 VIII - a habitação para o trabalhador rural.
 § 1º - Incluem-se no planejamento agrícola as atividades agro-industriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais.
 § 2º - Serão compatibilizadas as ações de política agrícola e de reforma agrária.
 Art. 188. A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária.
 § 1º - A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional.

§ 2º - Excetuam-se do disposto no parágrafo anterior as alienações ou as concessões de terras públicas para fins de reforma agrária.

Art. 189. Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos.

Parágrafo único. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei.

Art. 190. A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.

Nesse contexto, em especial o do artigo 190, Tepedino (2004), lembra críticas formuladas à Constituição, por não haver enfrentado de forma contundente o capital estrangeiro no que tange à hegemonia destes grupos nos latifúndios e na exploração das reservas minerais, os quais detêm nada menos que 401.752 Km² do território nacional, área equivalente aos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Santa Catarina reunidos. Nesse sentido, o capítulo da ordem econômica da Constituição de 1988, representaria, segundo a crítica, verdadeiro retrocesso em relação às constituições democráticas anteriores, de 1934 e 1946.

Merece destaque, ainda, por sua nítida funcionalidade social, a usucapião especial rural do artigo 191, para área de até cinqüenta hectares, que o adquirente, com o seu trabalho e/ou de sua família, tenha tornado produtiva e nela estabelecido a sua residência, pelo reduzido prazo de cinco anos.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Após a Constituição de 1988, vem à luz a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que, revogando totalmente o Código Civil de 1916, instituiu o Novo Código Civil de 2002, ao qual um sem número de autores questiona quanto a sua oportunidade e necessidade, especialmente se levado em conta tratar-se de projeto datado de 1975, ainda sob a égide do autoritarismo do golpe militar de 1964.

O novo Código, todavia, no reconhecimento das transformações representadas pela Constituição de 1988, no artigo destinado ao direito de propriedade, trouxe importante inovação, inserindo na codificação civil, a função social da propriedade (art. 1228 e parágrafos), que era solenemente desconhecida do diploma anterior.

Nos próximos tópicos, trataremos mais especificamente do art. 1228 do Código Civil de 2002 e da função social da propriedade que se adensa no ordenamento jurídico pátrio a partir de 1988.

Finalmente, vale dizer, que apesar de termos primado nesse tópico, por historiar o direito de propriedade nas várias constituições brasileiras, é certo que ao longo da história jurídica brasileira, um sem número de leis e regulamentos foi editado tendo como objeto a propriedade e, mesmo, a limitação de seu exercício.

3 ESTRUTURA E CONTEÚDO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Fixadas as origens do direito de propriedade e do seu regramento no ordenamento jurídico nacional, mister se faz conhecer tal direito sobre o aspecto de sua estrutura.

A propriedade, como já salientado, não apresenta ao longo da história um conceito imutável. Tal conceito, na verdade, variou de acordo com o contexto e as circunstâncias sociais, políticas, econômicas, culturais e religiosas em que estava inserido.

As próprias codificações se dividem entre aquelas que definem a propriedade, como o Código Civil francês e o Código Civil Português, e aquelas que se limitam a descrever seu conteúdo, como é o caso do Código Civil Alemão e o nosso próprio Código, tanto o de 1916, quanto o Novo Código Civil de 2002.

Etimologicamente, a palavra propriedade tem origem no vocábulo latino **proprietas**, que vem de **proprius**, indicando aquilo que pertence a uma pessoa. Assim, propriedade tem o mesmo sentido de “domínio”, que se origina do vocábulo **domus**, que significa casa e **dominus**, que indica o senhor da casa. Deste modo, domínio indica a dominação, o poder que alguém exerce sobre determinada coisa.

Observa-se que no Direito Romano o termo domínio gozava de uma significação mais ampla que a propriedade, pois se referia a tudo que estivesse sobre o poder do chefe da casa, mesmo que não se tratasse de uma coisa propriamente dita.

No entanto, é certo que nem na tradição romana e nem ao longo do desenvolvimento do Direito Civil, a distinção entre estes dois termos teve maior peso, sendo que o Código Civil Brasileiro de 1916 os emprega de forma indistinta em diversos de seus dispositivos.

Serpa Lopes (2001, p.283), citando Tobeñas, sustenta que, de fato, inexistente diferença de conteúdo entre os dois temas, que se diferenciam apenas sob o aspecto do ponto de vista. Enquanto domínio denota uma subjetividade, indicando o poder do titular sobre a coisa, propriedade tem um sentido objetivo, exprimindo o aspecto econômico-jurídico do direito.

Deixando de lado o aspecto etimológico, passemos à análise da estrutura e do conteúdo do direito de propriedade.

Conforme propalado massivamente pela doutrina tradicional, o direito de propriedade, no seu aspecto estrutural, é caracterizado como um direito complexo, absoluto, perpétuo, exclusivo e elástico.

Complexo, porque o direito de propriedade, mesmo sendo um direito único, enfeixa uma série de faculdades, quais sejam a de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa de quem quer que injustamente a possua.

Essa, aliás, a descrição que lhe dá o art. 1228 do NCC: “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”.

Note-se a modificação terminológica que esse dispositivo traz em relação ao seu correspondente no Código Civil de 1916, que dizia: “Art. 524 A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

Preferiu-se, no novo código, a expressão faculdade à expressão direito, demonstrando o legislador um maior apuro técnico, uma vez que sendo a propriedade um direito único, não se compõe de vários direitos, mas de várias faculdades atribuídas ao proprietário.

Se a propriedade fosse um enfeixamento de um grupo de direitos, poderia se chegar à errônea conclusão de que, faltando um desses direitos, a propriedade não se aperfeiçoaria. Não é o que ocorre. Sendo composto por várias faculdades, garante-se ao detentor do direito de propriedade o exercício de todas ou de algumas delas, sem que isso lhe retire o domínio sobre a coisa.

É possível, assim, que o proprietário mantenha esse status, mesmo não tendo a coisa diretamente sob o seu poder. É o caso, por exemplo, da propriedade alienada com reserva de usufruto, em que a faculdade de dispor é exercida pelo proprietário original, que, no entanto, mantém a faculdade de usar e gozar, ficando o novo proprietário apenas com a nua propriedade, mas, nem por isso, deixa de ser o proprietário. Ao fim do usufruto, todas as faculdades inerentes à propriedade voltarão a se enfeixar nas mãos desse proprietário, que recupera, assim, o direito em toda a sua plenitude. Deste modo, pode-se dizer que o direito de propriedade é, também, um direito **elástico**.

Outra característica estrutural do direito de propriedade, e que desperta acirradas discussões e têm especial interesse ao escopo do presente trabalho, está em se designá-lo como um direito **absoluto**.

O art. 544 do Código Civil de Napoleão, assim caracterizava o direito de propriedade: “**a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas de modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos**”.

Autores brasileiros, como J. M. de Carvalho Santos e Orlando Gomes, que formaram diversas gerações de operadores do direito, assim ensinavam sobre o caráter absoluto do Direito de Propriedade:

O direito de propriedade é o direito real por excelência, sendo o mais amplo dentre todos eles, o que constitui a sua qualidade fundamental, o traço típico que o caracteriza.

[...] o direito de propriedade tem dois caracteres essenciais: ser absoluto e exclusivo. Absoluto porque a pessoa é sobre a coisa sua *moderatur et arbiter*, tendo sobre ela um poder ilimitado, quase despótico, e poder fazer dela aquilo que melhor lhe apraz: gozá-la, usá-la, destruí-la; exclusivo, porque o proprietário tem o poder privativo, em virtude do qual pode impedir que outrem goze e disponha da coisa sua, podendo reivindicá-la de terceiro possuidor, repelindo qualquer ofensa a seu direito. (CARVALHO SANTOS, 1952, p.270)

A propriedade é um direito complexo, se bem que unitário. Apresenta-se como um feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto.

Direito absoluto também é, porque confere ao seu titular a faculdade de disposição, pela qual decide se deve usar a coisa, abandoná-la, aliená-la, ou destruí-la, e, ainda, se lhe convém limitá-lo, constituindo por desmembramento outros direitos em favor de terceiros. Em outro sentido, diz-se, igualmente, que é absoluto, porque oponível a todos. (GOMES, 1969, p.107-108)

O mesmo Carvalho Santos, no entanto, já em 1952, reconhecia que o caráter absoluto já não se sustentava mais em todo o seu rigor. Assim, esclarecia mais adiante na mesma obra, citando, inclusive, o art. 113 da CF 1934:

Mas, em vigor, e diante das novas tendências do direito, não se trata de um direito absoluto, no rigoroso sentido da expressão, de vez que, como parte integrante do direito privado, está sujeito à submissão aos interesses da ordem pública.

[...]

E por isso mesmo é que também já não se concebe, nos tempos hodiernos, a concepção da propriedade como um direito absoluto, a ponto de conferir a seu titular a prerrogativa de abusar dele, com prejuízo da maioria ou dos interesses gerais. (CARVALHO SANTOS, 1952, p.)

Orlando Gomes, também, após discorrer sobre as pretensões socializantes da propriedade (expressão que toma sob a acepção marxista) propostas pelos

“*inimigos da propriedade privada*”, reconhece, já naquele tempo, uma tendência humanizadora desse direito:

No direito constitucional moderno, a “vinculação da propriedade às exigências sociais” tem sido proclamada com acento cada dia mais forte. A tendência para a sua humanização, desdobra impetuosamente do leito da legislação ordinária, para cobrar fôrças no terreno do direito público, onde se alça à condição de uma diretriz da ordem econômica e social, jurisformizada na Constituição. (GOMES, 1969, p.131)

As transcrições têm o objetivo de demonstrar que o processo de transformação e reconstrução dos paradigmas do direito civil, notadamente, no que concerne ao direito de propriedade o atinge em sua própria estrutura, transformando o poder absoluto do proprietário em um poder que se relativiza em face da função social que se passa a exigir desse direito.

Nesse sentido, vem a calhar a lição de José Afonso da Silva, que afirma não ser a função social da propriedade um mero integrante dos sistemas de limitação da propriedade, pois enquanto estes limitam o exercício do direito, a função social se imiscui na própria estrutura do direito, o que, levado às últimas conseqüências, indicará que, retirada a função social, o edifício do direito de propriedade se desmorona, deixando de existir.

Não é sem razão, portanto, que o direito de propriedade no Novo Código Civil, ali descrito no art. 1228, contém agora cinco parágrafos com fundamento na função social da propriedade, sendo que os dois primeiros merecem ser aqui destacados:

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

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

Outra característica do direito de propriedade é a sua **perpetuidade**, o que significa dizer que o domínio tem duração indefinida no tempo, sendo, portanto, imprescritível. Sendo assim, desde a sua aquisição, permanece com o proprietário e a seus sucessores, até que seja voluntariamente alienado, não sendo atingido pela prescrição, mesmo que o proprietário não exercite o seu direito.

Alguma confusão se poderia antever no que concerne ao direito de usucapião que alguns têm como uma prescrição aquisitiva. No entanto, tal instituto não se confunde com a característica de perpetuidade do direito de propriedade.

Na verdade, o simples não-uso do direito pelo proprietário não gera a perda da propriedade e nem garante a usucapião. Esta, para se configurar, pressupõe, antes de mais nada, o uso contínuo, incontestado e duradouro da coisa por alguém que, mesmo não sendo o proprietário, tenha para com a coisa o ânimo de dono, não bastando a simples inércia do proprietário.

Deste modo, ainda que o bem permaneça negligenciado, sem que ninguém o ocupe em condições de obtê-lo pela usucapião, permanecerá indefinidamente sob o poder do proprietário.

Não obstante, convém ressaltar que o não exercício do direito de propriedade é incondizente com a função social que dele se espera e, por isso mesmo, foram reduzidos pelo Novo Código Civil, significativamente, os prazos para aquisição pelo usucapião, bem como ampliadas as hipóteses em que ela se configura e, antes mesmo do Código Civil, a Lei 10.257, de 10.7.2001 - Estatuto da Cidade, trouxe em seu bojo instrumentos como o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, o ITPU progressivo no tempo e a desapropriação com pagamento em títulos, todos tendentes a evitar a inércia do proprietário e forçá-lo a dar ao seu direito a função que dele se espera.

Qualifica-se o direito de propriedade, ainda, como **exclusivo**. Não se quer dizer com isso que o bem, objeto do direito, só possa pertencer a um proprietário com exclusão de qualquer outro a exemplo do que alguns doutrinadores chegaram a dizer, dizendo ser o condomínio uma anomalia no contexto do direito de propriedade.

Na verdade, o direito de propriedade é exclusivo porque o direito de um impede o direito de outro sobre o mesmo bem, por isso se diz que o direito de propriedade é oponível **erga omnes**.

No condomínio, o direito continua exclusivo, porque cada condômino tem, sobre sua quota ideal da coisa, o mesmo direito exclusivo.

Finalmente, é o direito de propriedade **elástico**, porque a lei concede ao proprietário um feixe de faculdades que dão os contornos do direito proprietário. Tais faculdades são o direito de usar, gozar, dispor e reivindicar o bem de um injusto possuidor.

No entanto, nem todas estas faculdades estão reunidas nas mãos do proprietário num determinado momento. Pode ser que o proprietário não tenha o poder de usar um bem de sua propriedade, porque locou o mesmo ao um terceiro. Este terceiro é quem usa o bem, no entanto, permanece com o proprietário o poder de gozar, neste caso o de receber os frutos da locação encetada. Permanece com ele, ainda, o direito de reivindicar de volta o bem, caso o locatário não cumpra com sua obrigação de pagar os aluguéis.

Nessa relação, o proprietário jamais deixou de ser proprietário, mesmo que, em determinado momento, tenha deixado de ter alguma das faculdades que conformam seu direito. Ao retomar a coisa, todas estas faculdades retornarão ao proprietário, estando assim, caracterizada a elasticidade do direito.

Aliás, é justamente essa elasticidade, que torna possível o desdobramento da posse do bem em direta e indireta, possibilitando o aproveitamento econômico deste sem a necessidade de sua alienação, como ocorre na locação.

Quanto ao conteúdo do direito de propriedade, este se caracteriza pelas faculdades, já referidas, de usar, gozar, dispor e reivindicar o bem, objeto da propriedade.

De notar-se que o Código Civil de 1916, trazia em seu art. 524, consagrando as expressões romanas do *jus utendi*, *jus abutendi*, *jus disponendi*, a seguinte disposição sobre o direito de propriedade: “Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

A propriedade, assim definida, tinha na estrutura de seu conteúdo um núcleo interno, constituído pelos poderes de usar, gozar e dispor e um núcleo externo, constituído pela *jus reivindicatio*, as ações de tutela do domínio.

Não havia, como se observa, qualquer referência ao aspecto funcional do direito de propriedade, que era matéria totalmente estranha ao Código Civil de 1916, fundado, como já afirmamos, no Estado liberal do século XIX, onde buscou suas fontes.

A Constituição de 1988, todavia, conforme referido no tópico anterior, trouxe significativa modificação, sujeitando o conteúdo do direito de propriedade a uma função social. É o que se observa da leitura dos incisos XXII e XXIII de seu art. 5º e dos incisos II e III de seu art. 170.

Com base em tal constatação, o Novo Código Civil de 2002, em seu artigo 1228 e respectivos parágrafos, reconhece ao direito de propriedade um conteúdo funcional, fazendo constar do Código, aquilo que a constituição já consagrara.

Assim, nos termos do referido dispositivo, o proprietário tem agora as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar os seus bens, desde que o faça atendendo à função social do instituto, que não se constitui mais em mera limitação externa, mas participa da própria estrutura do direito.

Quer-se com isso dizer que, sem função social, não subsiste o direito de propriedade. Na comparação de Benjamin:

[...] guardadas as devidas proporções, é como se o direito de propriedade equivalesse ao corpo humano e a proteção do meio ambiente, a um de seus órgãos vitais: sem um, o outro não sobrevive. (BENJAMIN, 1997, p. 23)

Sobre a função social da propriedade, no entanto, trataremos de maneira mais aprofundada no tópico adiante.

4 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A preocupação com a função social da propriedade, a rigor, aparece na Constituição de 1946, que, pela primeira vez, condiciona o exercício do direito de propriedade ao bem estar social. A expressão, *função social*, no entanto, ingressará efetivamente no texto constitucional a partir da Constituição de 1967, que no inciso III, de seu art. 157, instituía como princípio da ordem econômica e social a observância da função social da propriedade.

Como visto, entretanto, a teoria jurídica da função social da propriedade tem origem no positivismo jurídico de Léon Duguit, que, por sua vez, se apóia no positivismo sociológico de Durkheim e, especialmente, de Auguste Comte, de quem Duguit toma a expressão função social.

Duguit, partindo dos pressupostos do positivismo sociológico, desenvolve a teoria segundo a qual os direitos subjetivos não podem existir, pois tal implicaria na superioridade de uma vontade sobre a outra. Assim, o que existem são situações jurídicas decorrentes da incidência das regras jurídicas objetivas sobre os indivíduos.

Para Duguit, portanto, o direito subjetivo à propriedade não existe. O que existe é uma propriedade que é, ela própria, uma função social.

Assim apresentada, a teoria da função social da propriedade foi recebida com ceticismo e mesmo como uma extravagância doutrinária por grande parte da doutrina apegada às fórmulas clássicas vindas do direito romano.

A questão da função social da propriedade, dessa forma, somente tomará corpo com as novas Constituições elaboradas após a Primeira Guerra Mundial, ingressando no capítulo dos direitos fundamentais, primeiramente, na Constituição do México de 1917 e na de Weimar de 1919, que assim dispunha em seu art. 153: “A propriedade é garantida pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites serão fixados em lei. A propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve ser, igualmente, no interesse social”.

A partir daí, a limitação da propriedade tornou-se uma verdadeira tendência do direito constitucional. Em substituição ao absolutismo da propriedade, surgida em

oposição ao absolutismo monárquico pré-Revolução Francesa, surge uma nova propriedade impregnada por uma função social.

Em 1950, sobre os contornos desse novo direito de propriedade, Savatier assim já se expressava:

O proprietário não é mais o homem tendo direitos absolutos sobre seu bem, com poderes de destruí-lo e de deixá-lo inativo. Há, hoje, na maior parte dos países, e notadamente na França, uma série de leis que obrigam o proprietário a consagrar sua propriedade ao interesse geral; que o obrigam a torná-la útil; que o tornam, enfim, responsável pelos danos causados por seus bens. O proprietário aparece, assim, mesmo tanto quanto o indivíduo no interior do direito civil, como encarregado de um serviço público. (SAVATIER apud MALUF, 2005, p.18)

Desde o início do século XX, portanto, que a doutrina da função social da propriedade não é mais novidade, merecendo em nosso ordenamento, desde a Carta de 1946, referência expressa, além de substancial reconhecimento na legislação infraconstitucional, à qual já tivemos a oportunidade de nos referir em tópico anterior. Mantendo o mesmo critério, a Constituição de 1967 e sua emenda de 1969, mantiveram como princípio da ordem econômica e social a função social da propriedade.

Merece reflexão, todavia, o fato de que, embora a partir da década de 30, o ordenamento jurídico pátrio viesse se impregnando de referências tácitas ou expressas à função social da propriedade, a doutrina clássica e a jurisprudência dominante sempre se mostraram refratárias ao reconhecimento de uma propriedade estruturalmente composta por tal noção.

O direito de propriedade absoluto e excessivamente individualista que exsurge da Revolução Francesa estava profundamente enraizado em nosso ordenamento pelo Código Civil de 1916, forjado no fogo do Estado liberal. Tais conceitos, conforme Tepedino, entrarão em crise com o advento de uma noção solidarista de propriedade.

Entra em crise, com efeito, um conceito que, cristalizado pelas conhecidas fórmulas dos códigos do século XX (dos quais o Código Civil Brasileiro de 1916 não mais que um reflexo), identificava-se com o aproveitamento e a disposição “da maneira mais absoluta”, “desde que não se fizesse um uso vedado pela lei. Assim é que a existência de uma legislação intervencionista, mesmo na época do *laissez-faire*, não é suficiente para desfazer a imagem de uma legislação em matéria de propriedade voltada fundamentalmente para tutelar a substância individualista daquele direito” Compreende-se desse modo, a crise de tal direito (*rectius*, conceito) de propriedade, quando, graças a um Estado intervencionista, multiplicavam-se

as disciplinas concernentes ao domínio e, principalmente, impunha-se a necessidade de mitigar o egoísmo (inteiramente legítimo) do proprietário com os limites (previstos, por exemplo, no art. 832 do Código Civil Italiano ou no art. 147 da Constituição Brasileira de 1946) do interesse social. Em definitivo, a propriedade deveria ser capaz de se coadunar com a implementação de um “programa social”, bem ou mal posto em prática. (TEPEDINO, 2004, p. 321, 322)

Para Tepedino (2004), esse quadro irá se modificar com a Constituição de 1988, chegando mesmo a afirmar que, de crise não se pode mais falar, uma vez que a Constituição de 1988, ao contrário de suas antecessoras não pretendeu meramente conciliar o interesse proprietário com uma programação social, mas submeteu os interesses patrimoniais aos princípios fundamentais do ordenamento, na forma dos artigos 1º e 5º. Logo, para o referido autor, a crise se desloca do campo normativo, para o campo intelectual, “quando não se consegue abrir mão de conceitos secularmente radicados na cultura jurídica”. (TEPEDINO, 2004, p. 322)

Com efeito, a Constituição de 1988 é o marco de ruptura entre o paradigma da propriedade do Estado liberal para a propriedade do Estado democrático de direito. Se antes a função já havia sido reconhecida pelo texto constitucional, foi somente com a Carta de 1988 que a função social da propriedade ganhou *status* de direito fundamental, inserida que foi no inciso XXIII do artigo 5º.

Há de observar, contudo, que a mudança de paradigma, conquanto se possa atribuir-lhe como marco inicial a Constituição de 1988, é processo ainda em andamento, passando despercebido a muitos o real alcance das modificações introduzidas pela Constituição na estrutura mesma do direito de propriedade.

Tanto assim é, que José Afonso da Silva faz séria reprimenda aos doutrinadores brasileiros, afirmando que “o princípio da função social da propriedade tem sido mal-definido na doutrina brasileira, obscurecido, não raro, pela confusão que dele se faz com os sistemas de limitação da propriedade”. (SILVA, 2006, p.75)

No mesmo sentido, observa Tepedino:

A Constituição Brasileira de 5 de outubro de 1988 introduziu profundas transformações na disciplina da propriedade, no âmbito de uma ampla reforma de ordem econômica e social, de tendência nitidamente intervencionista e solidarista.

Os civilistas, à época, não se deram conta de tais modificações em toda a sua amplitude, mantendo-se condicionados à disciplina da propriedade pré-vigente. Uma confirmação dessa constatação obtém-se do exame dos manuais, cujas novas edições, após 1988, não trouxeram alterações substanciais. Os autores limitaram-se a incluir nos antigos, textos, mudanças pontuais ou supressões de simples preceitos não recebidos pela Constituição. (TEPEDINO, 2004, p.303, 304)

No mesmo diapasão, é o comentário de Benjamin:

Que a Constituição Federal de 1988 trouxe extraordinárias modificações ao direito de propriedade é fato incontestável. Contudo, muito do que ainda se lê nos manuais e igualmente nos chega pela via jurisprudencial é produto integral das concepções já superadas, do *ancien régime* constitucional. Como todos sabem, o domínio, em nosso ordenamento, tem passado desde o terceiro decêndio do século, por transformação profunda, à qual ainda não se habituaram os juristas, propensos à só consulta ao Código Civil, em se tratando de direito de propriedade. (BENJAMIN, 1997, p.29)

Vê-se, portanto, que apesar de a função social haver se transformado em verdadeiro modismo, o profundo alcance de tal expressão ainda não se solidificou na doutrina e, muito menos, na jurisprudência. A amalgamação da função social ao direito de propriedade, tal como querido pela constituição, é, ainda hoje, um processo em andamento, havendo quem, ainda, queira analisá-lo em separado.

É preciso, portanto, firmar de modo preciso o que quis a Constituição ao introduzir no ordenamento jurídico esse novo direito fundamental que é a função social da propriedade.

Conforme salienta José Afonso da Silva, a função social da propriedade não pode mais, de nenhuma maneira, ser confundida com mera limitação externa ao direito de propriedade, posto haver se tornado elemento integrante do direito de propriedade:

O princípio da função social da propriedade tem sido mal-definido na doutrina brasileira, obscurecido, não raro, pela confusão que dele se faz com os sistemas de limitação da propriedade. Não se confundem, porém. Limitações dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário; enquanto a função social interfere com a estrutura do direito mesmo. (SILVA, 2006, p.75)

E prossegue dizendo:

Com essa concepção é que o intérprete tem que entender as normas constitucionais que fundamentam o regime jurídico da propriedade: a sua garantia enquanto atente à função social, “implicando uma transformação destinada a incidir seja sobre o fundamento mesmo da atribuição dos poderes ao proprietário, seja, mais concretamente, sobre o modo de aquisição, em que o conteúdo do direito vem positivamente determinado; assim é que a função social mesma acaba por posicionar-se como elemento qualificante da situação jurídica considerada, manifestando-se conforme as hipóteses, seja como condição de exercício de faculdades atribuídas, sejam como obrigação de exercitar determinadas faculdades de acordo com modalidades preestabelecidas”. Enfim, a função social manifesta-se na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens. (SILVA, 2006, p. 76)

Temos, assim, que o ponto central sobre a função da propriedade está em se enxergá-la não mais como um limite externo ao direito de propriedade, mas como um componente interno, que conforma a sua estrutura e o seu conteúdo.

Por outro lado, o fato de a função social participar da própria gênese do direito de propriedade impõe a inescapável conclusão de que está imposto ao proprietário não só uma obrigação negativa de não ofender à função social de sua propriedade, ou não se utilizar da propriedade de modo contrário a tal função, mas uma obrigação positiva de dar à propriedade uma função social

Na lição de Carlos Alberto Dabus Maluf, a função social da propriedade, implica em que as faculdades que compõem o direito de propriedade, impõem, também, uma obrigação, um dever de agir na concretização da função social, usando, para tanto, interessante analogia com o poder familiar.

Trata-se de uma obrigação que é exatamente o complemento de um poder: o sujeito tem de fazer frente a uma obrigação enquanto tenha um direito ou poder; é uma obrigação *propter rem*, que, como tal, transmite-se aos novos e sucessivos proprietários. Esta é a situação peculiar das obrigações do proprietário, situação a qual não se saberia encontrar outra correspondência ou analogia senão a do dever familiar, à qual é conexo um poder, ou um *status*, e não se concebe se faz abstração desse poder ou *status*. Só que, no caso da propriedade, o nexó técnico entre obrigação e direito é diverso do que existe na relação entre dever ou poder (*status*) familiar. (MALUF, 2005, p.86)

Arremata o referido autor, dizendo que:

Enquanto o poder familiar é concedido como meio para o cumprimento de um dever igualmente familiar, a obrigação impõe-se ao proprietário como consequência e acessório do poder. No caso do poder familiar, o elemento central é o dever; para o cumprimento do mesmo, concede-se um poder (chamado poder-dever ou direito-dever). No caso da propriedade, o elemento central é o poder; a obrigação é somente um reflexo dele, por importante que possa ser. (MALUF, 2005, p. 86, 87)

Vê-se, deste modo, que a função social da propriedade nascida do texto constitucional de 1988, traz para o instituto do direito de propriedade inovações sem precedentes, funcionalizando-o com valores sociais e existenciais.

Não se limitou a Constituição a meramente estabelecer o princípio da função social da propriedade, mas cuidou de explicitá-lo, também de forma inédita. Prescreve, assim, no § 2º de seu artigo 182, que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no seu plano diretor.

Da mesma forma, explicita que a propriedade rural, cumpre a sua função social quando cumpre os requisitos que elenca no art.186, quais sejam:

- 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.

A Constituição de 1988, portanto, no regramento que faz da propriedade, conforme assinala Tepedino (2004, p. 314) impõe o “definitivo ocaso do binômio propriedade-liberdade”, surgido dos ideais da Revolução Francesa e cristalizado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. O direito de propriedade, assim funcionalizado, abre-se a interesses não proprietários, acabando, na verdade, por aproximar-se dos outros ideais revolucionários – o da igualdade e o da fraternidade.

Podemos dizer, em conclusão desse tópico, que a propriedade não é mais a atribuição plena de um poder, cujos limites são definidos externamente pela lei, de modo negativo, de modo que, dentro desses limites traçados, teria o proprietário a liberdade despótica de fazer da coisa o que bem lhe aprouvesse. Ao contrário, essa nova propriedade tem seus limites originados de dentro para fora em razão de sua função social, os quais serão estabelecidos, no âmbito da relação jurídica de propriedade, em cada caso, dependendo dos interesses extraproprietários em jogo.

Essa conclusão, no dizer de Tepedino (2004), dá o suporte teórico para a compreensão correta da função social da propriedade, que terá uma configuração flexível, modificando de acordo com cada tipo de propriedade, sempre em submissão aos preceitos constitucionais e com a regulação dos interesses envolvidos no caso concreto.

O mesmo Tepedino arremata:

(...) poder-se-ia assinalar, como patamar de relativo consenso, a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio, inserindo-se em seu “perfil interno” e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um *“massimo sociale”*.

Daí decorre que quando uma certa propriedade não cumpre sua função social, não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico. Vale dizer, que não somente os bens de produção, mas também os de consumo possuem uma função social, sendo por esta conformados em seu conteúdo – modos de aquisição e de utilização. Mais ainda: até mesmo *um “cono gelato”*, no dizer de autorizada doutrina, não pode deixar de cumprir uma precisa função social”. (TEPEDINO, 2004, p. 319 e 320)

5 MEIO AMBIENTE

5.1. Meio Ambiente, Ecologia e Direito Ambiental

Não é pretensão do presente trabalho, esgotar o tema no que diz respeito ao direito ambiental. Ao contrário, nosso foco está voltado sobre as interpenetrações e os reflexos do direito ambiental sobre o direito de propriedade e de como se torna possível a coexistência sustentável de ambos.

No entanto, para que a questão seja posta, necessário se faz, primeiramente, analisar os conceitos envolvidos e delimitar seu objeto. Na seqüência, é importante traçar uma linha evolutiva do tema ambiental dentro do ordenamento jurídico pátrio, com o que poderemos, através de uma análise das principais normas envolvidas, refletir sobre o papel do direito ambiental sobre a crise do direito de propriedade.

Nesse mister, principiamos pela análise dos termos ecologia e meio ambiente, que, embora próximos, não se confundem.

O termo ecologia, como informa Milaré (2004), foi cunhado pelo biólogo e médico alemão Heinrich Haeckel (1834-1917), em obra intitulada “Morfologia Geral dos Seres Vivos”, como proposta para uma nova disciplina dentro da biologia. Foi dentro da biologia, portanto, que o estudo da ecologia despertou interesse e se desenvolveu.

Etimologicamente, a palavra ecologia surge da junção dos radicais gregos ***oikos*** (casa, lugar onde se vive) e ***logos*** (estudo). Ecologia, assim, literalmente, é o “estudo da casa”, querendo Haeckel dizer que a nova disciplina por ele proposta visava ao estudo das relações dos seres vivos entre si e com o espaço físico por eles habitado, a sua casa, o seu ambiente.

Percebe-se, assim, que a ecologia é parte importante do estudo do meio ambiente, cujo conceito, no entanto, é mais amplo.

Milaré (2004) informa que a expressão meio ambiente foi utilizada pela primeira vez pelo naturalista francês Geoffroy de Saint-Hilaire na obra *Études progressives d'un naturaliste*, de 1835, tendo sido adotada por Augusto Comte em seu **Curso de Filosofia Positiva**.

A expressão, adotada amplamente no Brasil pela doutrina e jurisprudência, estando consagrada na legislação, sofre, por vezes, crítica quanto a seu aspecto redundante, haja vista que meio e ambiente são expressões sinônimas.

À parte dessas discussões que não nos interessa nesse particular, convém destacar, ainda, que os estudiosos do assunto não têm um acordo sobre o que seja o meio ambiente, haja vista a riqueza e a complexidade do tema, encerra.

No Brasil, a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, no inciso I, de seu art. 3º, define o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Vê-se, de pronto, que tal definição é restritiva, limitado ao aspecto natural do meio ambiente, o que se justifica em razão da época de edição da lei. Meio ambiente, no entanto, numa visão mais ampla e adequada aos nossos tempos, é conceito mais amplo, que engloba não só o aspecto ecológico, mas, também, o patrimônio histórico, paisagístico e artístico das cidades, considerados, também, como essenciais à sadia qualidade de vida.

Nesse sentido, José Afonso da Silva destaca três aspectos essenciais na noção de meio ambiente:

- a) meio ambiente artificial, constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações e dos equipamentos públicos;
- b) meio ambiente cultural, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior pelo sentido de valor especial que adquire ou de que se impregnou;
- c) meio ambiente natural ou físico, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora; enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam. (SILVA, 2002, p.21)

Outro importante conceito envolvido no estudo do meio ambiente é o de desenvolvimento sustentável ou *ecodesenvolvimento*, como preferem alguns.

A compreensão dessa expressão passa pelo reconhecimento de que, de um lado, não pode o homem abdicar do seu desenvolvimento econômico, o que passa, essencialmente, pela exploração dos recursos naturais. De outro lado, a proteção desses recursos da forma mais ampla possível, é, também, condição essencial à sobrevivência humana, haja vista que, embora com significativo atraso, se tornou consenso que os recursos naturais não são inesgotáveis e que a capacidade de

regeneração da natureza tem um limite, do qual estamos nos aproximando rapidamente. Poderíamos suscitar, assim, um verdadeiro conflito de interesses entre a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico.

Para Milaré (2004, p. 51), todavia, o dilema “ou desenvolvimento ou meio ambiente”, é, na verdade, falso, pois, em sendo um a fonte de recursos para o outro, devem, necessariamente, harmonizar-se e complementar-se, sob pena de se tornarem ambos inviáveis.

Diante desses conceitos, podemos deduzir, com Milaré, que o direito ambiental é o:

[...] complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas, que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando a sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações. (MILARÉ, 2004, p.234)

Existe, ainda, na doutrina, fundadas discussões sobre a existência do direito ambiental como ramo autônomo do direito. Não nos convém enveredar por esta senda, todavia, deve ser ressaltado que a Constituição Federal de 1988 dedicou ao assunto um capítulo inteiro, além de diversas referências e alusões espalhadas por todo o texto constitucional.

Além do mais, em torno do tema, existe farta legislação infraconstitucional o que, por si só, já justificaria a existência do direito ambiental como ramo de estudo do direito, distinto dos demais e não mera parcela do direito administrativo ou constitucional.

Fato é, no entanto, que o estudo concatenado e as formulações legislativas sobre o meio ambiente é, em termos relativos, recentíssima, datando da década de 70, os primeiros marcos internacionais de sua formulação.

Importa refletir, ainda, que somente a partir de meados do século XX a preocupação com o meio ambiente começa a ganhar alguma relevância. Inequivocamente, no entanto, podemos dizer, o século XXI será marcado por tal preocupação, seja no intuito de buscar soluções sustentáveis para a vida na terra, seja porque, não encontradas tais soluções, incerto será o futuro da humanidade.

5.2. Evolução legislativa do Direito Ambiental

No livro do Gênesis, atribuído a Moisés, patriarca Hebreu, encontramos a cosmogonia partilhada por judeus e cristãos. Ali se lê que Deus, ao criar o mundo, criou as diversas e variadas espécies de seres vivos. Um pouco mais adiante, encontramos a história de uma catástrofe ecológica, uma chuva torrencial que durou quarenta dias e quarenta noites, inundando a terra e dizimando a vida de homens e animais.

Antes que tal tragédia ocorresse, no entanto, a própria divindade preparou um homem a quem encarregou de construir uma embarcação capaz de abrigar sua família e um casal de cada espécie de animais. Falamos da conhecida história da “Arca de Noé”, cujo paralelo é encontrado em diversas outras culturas.

A narrativa em questão nos interessa por seus aspectos ecológicos. Em primeiro lugar, porque trata de um desequilíbrio ecológico, provocando uma grande catástrofe. Em segundo lugar, e extrapolando o texto, pode-se dizer que a ação humana (que o texto denomina pecado) foi a responsável pelo desastre e, mesmo avisados da iminência desse desastre, não se operou nos contemporâneos de Noé qualquer mudança de atitude tendente a evitar a catástrofe anunciada. Por último, porque revela, no contexto da formação do povo hebreu, há cerca de 4.000 (quatro mil) anos, o reconhecimento e uma preocupação com a manutenção da biodiversidade.

Além dessa narrativa, outras se encontram nas leis mosaicas a respeito do rodízio e descanso da terra do cultivo, como forma de recuperação do solo, bem como proibições a respeito do corte de árvores frutíferas⁹.

Verifica-se, assim, que a preocupação com aspectos ambientais, não é fenômeno exclusivo de nosso tempo. Mas essa preocupação verificada em algumas civilizações através da história nem de longe se assemelha ao tipo de preocupação existente em nosso tempo.

Um dos primeiros eventos internacionais e que se constitui em marco da preocupação ambiental é a Conferência da ONU de Estocolmo, ocorrida em **1972**, onde se produziu a **Declaração de Estocolmo** e se originou o Programa das Nações Unidas para o Ambiente – UNEP, na sigla em inglês.

⁹ (Lev. 25, 1-7)

A Declaração de Estocolmo, embora não tenha força de lei, forneceu uma motivação filosófica e jurídica para proteção ambiental e formulação de um direito ao ambiente, como parte integrante dos direitos do homem.

Antes de Estocolmo, havia se reunido em Roma, em **1968**, o que ficou conhecido como o **“Clube de Roma”**, composto por cientistas, tecnocratas e empresários preocupados com o problema da degradação ambiental, em busca de soluções políticas e adoção de novas práticas para o seu enfrentamento.

Outro grande evento ocorreu em 1985, mediante a convocação pela Assembléia Geral da ONU de uma comissão que tinha por objetivo criar estratégias ambientais para o século XXI. Dessa comissão, saiu o que ficou conhecido como o **“Relatório de Brundtland”**, que estabeleceu o conceito de *“desenvolvimento sustentável”*.

Em 1987, foi elaborado um relatório que ficou conhecido como **“Nosso Futuro Comum”**, cujo texto abraçava a idéia do desenvolvimento sustentável, com a seguinte definição: “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras, atenderem às suas próprias necessidades”. Merece destaque, ainda, a ênfase que referido documento dá à importância da cooperação entre todas as nações do mundo em busca desse desenvolvimento sustentável.

Em **1992**, realizou-se no Rio de Janeiro, a **Conferência das Nações Unidas de Meio Ambiente e Desenvolvimento**, mais conhecida como a **ECO 92**. Durante os trabalhos foi firmada a **Convenção da Diversidade Biológica**, com ênfase na avaliação dos impactos ambientais e na busca de sua redução ao mínimo e assim determinava:

Cada parte contratante, na medida do possível, e segundo seja pertinente, estabelecerá procedimentos apropriados, pelos quais se exija a avaliação do impacto ambiental de seus projetos propostos, que possam ter efeitos adversos importantes para a diversidade biológica com vistas a evitar ou reduzir ao máximo esses efeitos e, quando seja procedente, permitirá a participação do público nesses procedimentos. (MOURÃO, 2004, p. 42).

Da **ECO 92** surge a **Declaração do Rio de Janeiro**, que foi assinada pela unanimidade das partes presente à Conferência, cuja importância se exprime pelo reconhecimento dos países participantes sobre as responsabilidades internas e

externas no que se refere à questão ambiental, muito embora nem todas as questões tenham sido decididas satisfatoriamente.

Em **2002**, ocorre a ***Conferência Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, em Johannesburgo, África do Sul, 2002***, também conhecida como Rio +10, porque realizada 10 anos após a Rio-92. O objetivo dessa conferência era, após 10 anos da grande conferência do Rio, reavaliar e traçar novas diretrizes para o crescimento econômico, sem degradar ainda mais o meio ambiente.

Nota-se, assim, que o interesse e as ações internacionais, com foco no meio ambiente, além de recentes, têm fundamento na constatação científica de que a degradação ambiental atingira níveis alarmantes, provocando alterações nos ciclos naturais nunca antes presenciada.

No Brasil, lembra Freitas (2002), a evolução legislativa ambiental pode ser traçada a partir das ordenações portuguesas, que, visando a proteção da Coroa, traziam em alguns trechos, normas proibindo o corte deliberado de árvores frutíferas, a caça de pequenos animais com redes e fios e outros instrumentos que pudessem ocasionar dor e sofrimento a referidos animais. Havia, ainda, disposições punindo a poluição das águas.

Após a Independência e na esteira da Constituição de 1824, foi promulgado em 1830 o Código Penal que, nos artigos 178 e 257, punia o corte ilegal de madeiras.

O Código Civil de 1916, por sua vez, com suas normas de proteção ao direito de vizinhança, reflexamente, alcançava certa proteção ao meio ambiente, como se confere no art. 572, que tratava do direito de construir.

Em 1934, foi publicado o primeiro Código Florestal, instituído pelo Decreto-lei 23.793, 23 de janeiro de 1934, que trazia normas de proteção florestal, além de normas de caráter penal. Ainda em 1934, o Decreto 24.656, de 10 de julho de 1934, coibia maus tratos a animais e o Decreto-lei 24.643, de 10 de julho de 1934, instituiu o Código de Águas.

Em 1937, foi editado o Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1934, organizando e protegendo o patrimônio histórico e artístico nacional, o qual se encontra ainda em vigor.

Pode-se citar ainda, em 1940, a edição do Código Penal Brasileiro, ainda em vigor, que, em vários dispositivos, reprime ações contra a saúde e o patrimônio histórico, como é exemplo o artigo 165, que trata do crime de dano a bem de valor

artístico, arqueológico ou histórico, alcançando, assim, indiretamente, a proteção de bens ambientais.

Tais normas, como se vê, não tinham o objetivo precípuo de proteção ambiental e nem a noção exata da importância dessa proteção. A questão ambiental estava a elas afetas de modo indireto a reboque da proteção de outros bens.

Em 29 de junho de 1965 foi editada a Lei 4.717, que disciplina a Ação Popular e cuja finalidade, dentre outras, é a proteção ao patrimônio público, cultural, histórico e ambiental.

Marco importante na evolução da legislação ambiental brasileira é encontrado na Lei 4.771, de 18 de setembro de 1965, que instituiu um novo Código Florestal. Referida lei institui áreas de preservação permanente de acordo com o seu valor e importância para a preservação ambiental, sendo por muitos considerada uma legislação moderna e avançada, ainda mais se considerado a época e o contexto de sua edição.

Em 1967, foi editada a Lei 5.197, de 03 de janeiro de 1967, conhecida como Lei de Proteção à Fauna e, ainda, a 28 de fevereiro de 1967, o chamado Código de Pesca, através do Decreto-lei 221.

Nessa época, como ressalta FREITAS (2002), não havia, ainda, doutrina sobre o direito ambiental, e os doutrinadores tratavam indiretamente do tema ao comentar as disposições civis relacionadas ao direito de vizinhança e as disposições penais relacionadas aos crimes de dano ao patrimônio tombado.

Constata o referido autor, citando trecho do comentário de Nelson Hungria sobre o artigo 165 do Código Penal, relativo ao crime de dano sobre a coisa tombada, que o sentido da proteção legal se referia, basicamente, à propriedade, com a diferença de ser a coisa tombada. Não se cogitava, então, qualquer aspecto de proteção ao meio ambiente cultural.

Vemos assim, que antes da guinada ambiental do direito de propriedade, cuja análise é objeto do presente trabalho e será melhor explorada adiante, a proteção legal visava, precipuamente, a propriedade sendo a proteção ambiental alcançada reflexamente.

É somente a partir da década de setenta, portanto, que o direito ambiental no Brasil começa a dar os primeiros passos, na esteira da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo em 1992.

Podemos citar assim, a Lei 6.453 de 17/10/1977, que dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com as atividades nucleares e, ainda, a Lei 6.766 de 19.12.1979, que trata do parcelamento do solo urbano e dá outras providências, disciplinando as áreas de preservação urbanas em que os loteamentos são proibidos, bem como a previsão nos loteamentos de áreas verdes e áreas *non aedificandi*, ao longo de cursos d'água.

Vem em seguida a Lei 6.803 de 02/07/1980, que atribui a Estados e Municípios poder de estabelecer limites e padrões ambientais para a instalação e licenciamento das indústrias, exigindo Estudo de Impacto Ambiental e a importantíssima Lei 6.938, de 17/01/1981, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), traçando os princípios norteadores da Legislação Ambiental Brasileira e os instrumentos de atuação estatal.

Na década de oitenta, ainda antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, surgiram as Leis 6.902, de 27/04/1981, que institui as "Estações Ecológicas" (áreas representativas de ecossistemas brasileiros, sendo que 90% delas devem permanecer intocadas e 10% podem sofrer alterações para fins científicos) e as "Áreas de Proteção Ambiental" ou APAs (onde podem permanecer as propriedades privadas, mas o poder público limita atividades econômicas para fins de proteção ambiental) e 7.347 de 24/07/1985, disciplinadora da Ação Civil Pública, abordando as responsabilidades por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, turístico ou paisagístico. Pode ser requerida pelo Ministério Público (a pedido de qualquer pessoa), ou por uma entidade constituída há pelo menos um ano. É vedada a utilização direta da ação judicial pelos cidadãos, sendo normalmente precedida por um inquérito civil.

Por fim, deve ser citada, ainda, a Lei 7661, de 16/05/1988, que estabelece as diretrizes para criação do Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro. Define Zona Costeira como o espaço geográfico da interação do ar, do mar e da terra, incluindo os recursos naturais e abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre.

Parece-nos de grande pertinência ao escopo do presente trabalho, trazer a lume referência que Vladimir Passos de Freitas faz à ação popular proposta nos idos de 1973, em Itanhaém/SP, a qual reputa ter sido a primeira ação de natureza ambiental proposta no Brasil. Na referida ação, proposta contra o Prefeito e a Câmara Municipal do Município de Itanhaém, se aduzia que a aprovação das Leis

municipais de números 989 e 990, permitiram a construção de prédios de até quinze andares, mesmo em vias não dotadas de redes de esgoto sanitário, na orla marítima, o que importaria, conseqüentemente, na poluição do mar.

Referida ação foi julgada procedente em primeira instância, com fundamento na Constituição de 1969, considerando que no direito constitucional à vida, estavam incluídos os direitos ao lazer e à saúde, razão pela qual a afronta das leis municipais à saúde e ao lazer, as tornava inconstitucionais e, portanto, nulas.

Embora a sentença tenha sido reformada em segunda instância, como notícia Freitas (2002), merece ser lembrada pelas questões que envolvem, quais sejam, as faculdades de uso e gozo da propriedade, reveladas no direito de construir em oposição às normas constitucionais de proteção à saúde, que, de resto, foram o embrião do reconhecimento do direito ao ambiente equilibrado.

O ponto culminante dessa breve evolução legislativa está, sem dúvida, na Constituição Federal de 1988, que eleva a defesa do meio ambiente à categoria de princípio constitucional, inserindo-a dentre os princípios gerais da atividade econômica, juntamente com a propriedade privada, conforme se confere no artigo 170, que inicia o referido título.

TÍTULO VII

Da Ordem Econômica e Financeira

CAPÍTULO I

Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Grifo nosso)

Dentro do título da ordem econômica, está inserido o capítulo VI, dedicado ao meio ambiente, cujo art. 225 preconiza em seu *caput*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Além do art. 170, inciso VI e do art. 225, há no texto constitucional, diversos outros dispositivos que direta ou indiretamente se relacionam com a proteção ambiental, dos quais destacamos os incisos XXIII, LXXI e LXXIII, do art. 5º, que cuida dos direitos e garantias fundamentais.

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Há, ainda, referências outras, relacionadas às mais diversas matérias e competências constitucionais, das quais relacionamos as seguintes, a nosso ver, mais importantes, uma vez que de uma forma ou de outra, dada a amplitude e complexidade do tema ambiental, pode-se considerá-lo envolvido e relacionado com inúmeras outras questões aqui não relacionadas:

- art. 20, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, IX, X, XI e parágrafos 1º e 2º (recursos naturais como bens da união);
- art. 21, incisos XIX, XX, XXIII, alíneas a, b, c, XXV – (competência material exclusiva da União em matéria ambiental) ;
- art. 22, incisos IV, XII, XXVI (competência legislativa privativa da União, sobre recursos naturais);
- art. 23, incisos I, III, IV, VI, VII, IX, XI (competência material comum à União, Estados e Distrito Federal, sobre matéria ambiental);
- art. 24, incisos VI, VII, VIII (competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal) ;
- art. 43, parágrafo 2º, IV e parágrafo 3º (desenvolvimento e redução de desigualdades regionais);

- art. 49, incisos XIV, XVI (competência material exclusiva do Congresso Nacional);
- art. 91, parágrafo 1º, inciso III (matérias de proposições do Conselho de Defesa Nacional);
- art. 129, inciso III (função instituição do Ministério Público de defesa do meio ambiente);
- art. 174, parágrafos 3º e 4º (função do Estado de organizar e fiscalizar a atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção ambiental);
- art. 176 e seus parágrafos (recursos naturais como propriedade distinta do solo e pertencentes à União);
- art. 182 e seus parágrafos (política urbana e função social da propriedade urbana, §2º);
- art. 186 (função social da propriedade rural);
- art. 200, incisos VII e VIII (competências materiais do SUS);
- art.216, inciso V e parágrafos 1º, 3º e 4º (patrimônio cultural);
- art. 231 e 232 (população indígena);
- art. 43 e 44 do Ato das Disposições Transitórias (disposições transitórias sobre lavra de recursos naturais).

Em 10 de janeiro de 2002, foi publicada Lei 10.406, dando à luz, assim, ao novo Código Civil Brasileiro, cujo projeto tramitava no Congresso Nacional desde 1975. O novo Código, ao tratar do direito de propriedade no art. 1228, insere no seu parágrafo primeiro a noção de uma função ambiental da propriedade, nos seguintes termos (grifo nosso):

§ 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.**

Encerrando esse breve inventário sobre a evolução legislativa ambiental, demonstramos na enumeração a seguir, as principais normas infraconstitucionais brasileiras em matéria ambiental, desde o primeiro Código Florestal, até a recente Lei 11.428 de 22 de dezembro de 2006, sobre o Bioma Mata Atlântica. Obviamente,

buscamos elencar apenas as leis principais sobre o tema, uma vez que a matéria ambiental se encontra espalhada por um sem número de leis, decretos e resoluções dos órgãos ambientais:

- **Decreto-lei 23.793 de 23.01.1934**
Aprova o Código Florestal Brasileiro.
- **Decreto-lei 24.643 de 10.07.1934**
Institui o Código de Águas
- **Decreto-lei 25, de 30/11/1937**
Organiza a Proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, incluindo como patrimônio nacional os bens de valor etnográfico, arqueológico, os monumentos naturais, além dos sítios e paisagens de valor notável pela natureza ou a partir de uma intervenção humana.
- **Lei nº 4.771 de 15.09.1965**
Institui o Código Florestal, prescrevendo normas de proteção às florestas nativas e sua exploração para fins econômicos, definindo como áreas de preservação permanente (onde a conservação da vegetação é obrigatória) uma faixa de 30 a 500 metros nas margens dos rios (dependendo da largura do curso d'água), de lagos e de reservatórios, além dos topos de morro, encostas com declividade superior a 45° e locais acima de 1800 metros de altitude. Também exige que propriedades rurais da região Sudeste do País preservem 20% da cobertura arbórea, devendo tal reserva ser averbada no registro de imóveis, a partir do que fica proibido o desmatamento, mesmo que a área seja vendida ou repartida.
- **Lei 4.717 de 29.06.1965**
Disciplina a Ação Popular, cuja finalidade é, dentre outras, proteção ao patrimônio público, cultural, histórico e ambiental.
- **Lei 5.197 de 03/01/1967**
Classifica como crime o uso, perseguição, apanha de animais silvestres, caça profissional, comércio de espécimes da fauna silvestre e produtos derivados de sua caça, além de proibir a introdução de espécie exótica

(importada) e a caça amadorística sem autorização do órgão ambiental competente

- **Lei 6.453 de 17/10/1977**

Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com as atividades nucleares. Entre outros, determina que quando houver um acidente nuclear, a instituição autorizada a operar a instalação tem a responsabilidade civil pelo dano, independente da existência de culpa.

- **Lei 6.766 de 19.12.1979**

Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. Deste modo, disciplina as áreas de preservação urbanas em que os loteamentos são proibidos.

- **Lei 6.803 de 02/07/1980**

Atribui aos estados e municípios o poder de estabelecer limites e padrões ambientais para a instalação e licenciamento das indústrias, exigindo Estudo de Impacto Ambiental.

- **Lei 6.938, de 17/01/1981**

Institui a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), traçando os princípios norteadores da Legislação Ambiental Brasileira e os instrumentos de atuação estatal. Considerada por muitos a mais importante lei ambiental, dispendo ainda sobre o direito à informação ambiental.

- **Lei 6.902, de 27/04/1981**

Institui as "Estações Ecológicas" (áreas representativas de ecossistemas brasileiros, sendo que 90% delas devem permanecer intocadas e 10% podem sofrer alterações para fins científicos) e as "Áreas de Proteção Ambiental" ou APAs (onde podem permanecer as propriedades privadas, mas o poder público limita atividades econômicas para fins de proteção ambiental).

- **Lei 7.347 de 24/07/1985**

Disciplina a Ação Civil Pública, abordando as responsabilidades por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, turístico ou paisagístico. Pode ser requerida pelo Ministério

Público (a pedido de qualquer pessoa, ou por uma entidade constituída há pelo menos um ano). É vedada a utilização direta da ação judicial pelos cidadãos, sendo normalmente precedida por um inquérito civil.

- **Lei 7.661, de 16/05/1988**

Estabelece as diretrizes para criar o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro. Define Zona Costeira como o espaço geográfico da interação do ar, do mar e da terra, incluindo os recursos naturais e abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre.

- **Lei 7.735, de 22/02/1989**

Criou o IBAMA, hoje subordinado ao Ministério do Meio Ambiente, incorporando a Secretaria Especial do Meio Ambiente (antes subordinada ao Ministério do Interior) e as agências federais na área de pesca, desenvolvimento florestal e borracha. Ao IBAMA compete executar e fazer executar a política nacional do meio ambiente, atuando para conservar, fiscalizar, controlar e fomentar o uso racional dos recursos naturais.

- **Lei 7.802 de 11/07/1989**

Regulamenta desde a pesquisa e fabricação dos agrotóxicos até sua comercialização, aplicação, controle, fiscalização e também o destino da embalagem. Impõe a obrigatoriedade do receituário agrônômico para venda de agrotóxicos ao consumidor e exige registro dos produtos nos Ministérios da Agricultura e da Saúde, no Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e no IBAMA.

- **Lei 7.805 de 18/07/1989**

Regulamenta a atividade garimpeira. A permissão da lavra é concedida pelo Departamento Nacional de Produção Mineral, DNPM, a brasileiro ou cooperativa de garimpeiros autorizada a funcionar como empresa, devendo ser renovada a cada cinco anos.

- **Lei 8.171 de 17/01/1991**

Fixa os fundamentos, define os objetivos e as competências institucionais, prevê os recursos e estabelece as ações e instrumentos da política agrícola, relativamente às atividades agropecuárias, agroindustriais e de planejamento das atividades pesqueira e florestal.

- **Lei 8.974 de 05.01.1995**

Estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e a liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autorizando o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança e dá outras providências (conforme os incisos II e V do parágrafo 1º do artigo 225 da Constituição Federal).

- **Lei 9.433 de 08/01/1997**

Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Recursos Hídricos. Define a água como recurso natural limitado, dotado de valor econômico, que pode ter usos múltiplos (consumo humano, produção de energia, transporte, lançamento de efluentes).

- **Lei 9.605 de 12/02/1998**

Instituiu a Lei dos Crimes Ambientais, estabelecendo sanções penais e administrativas por atividades lesivas ao meio ambiente, reordenando a legislação ambiental brasileira no que se refere às infrações e punições.

- **Lei nº 9.985 de 18.07.2000**

Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, instituindo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências.

- **Lei nº 11.428 de 22.12.2006**

Lei da Mata Atlântica - Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências.

Vimos assim, que, embora de formulação recente, o direito ambiental mereceu, no Brasil, uma caudalosa produção legislativa. Curiosamente, ainda muito antes da Constituição Federal de 1988 e mesmo dos eventos e movimentos internacionais em prol da proteção ambiental, como é exemplo o Código Florestal e o Código de Águas de 1934, o que nos revela ser a proteção ambiental preocupação recorrente do legislador pátrio, muito embora tal preocupação tenha representado poucos resultados práticos no curso da evolução histórica aqui abordada.

5.3 Princípios de Direito Ambiental

Os princípios têm importância fundamental no estudo de qualquer ramo do direito, posto que se encontram, dentro da hierarquia das fontes, em posição de destaque, dada a sua função normogênica. Podem ser explícitos ou implícitos, mas, seja como for, dão ao ordenamento a sua estrutura e coesão.

A Constituição de 1988 não elencou ou conceituou princípios de direito ambiental, o que não quer dizer que não estejam presentes em seu texto.

Sendo assim, não se poderia furtar, ao tratar-se do direito ao meio ambiente, de apontarmos pelo menos aqueles que, na nossa visão, têm maior relevância, utilizando, para tanto, o rol de Paulo Afonso Leme Machado (2004).

Assim, dos quinze princípios listados pela Declaração do Rio de 1992 – ECO 92, abordamos aqui o conceito de nove princípios que orientam o direito ambiental.

5.3.1 Princípio da Prevenção

Tal princípio encontra previsão no *caput* do art. 225, da Constituição Federal de 1988, constituindo-se, em essência, no dever imposto a todos, ao Poder Público, à Coletividade e ao cidadão em particular de defender a sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações. Tem relação com o perigo concreto e tem uma faceta de direito-dever – direito de acesso à sadia qualidade de vida e o dever de preservar o equilíbrio ecológico para as presentes e futuras gerações.

5.3.2 Princípio da Precaução

O fundamento de tal princípio encontra-se no inciso IV da Constituição Federal. Tem embasamento, ainda, no princípio 15 da Declaração Rio de 1992. Além disso, a partir de 1981, com a edição da Lei 6.938, na forma de seu art. 9º, incisos I e V. Há, com a Lei 6.938/81, a criação de um importantíssimo instrumento

do princípio da precaução é o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), na forma, também, da Resolução 01/86 do Conama, alterada pela Resolução 237/97 do Conama.

Em essência, tal princípio informa que, na ausência de certeza técnica ou científica quanto à potencialidade danosa de determinada conduta, tem o poder público o dever de tomar as cautelas necessárias para impedir a degradação ambiental. A principal característica deste princípio, e que o diferencia do princípio da prevenção, é que a precaução se dirige a um perigo abstrato, tendo o poder público o dever de cercar-se das garantias possíveis para reduzir a extensão, a frequência ou a incerteza do impacto ambiental a ser produzido, exigindo do empreendedor os estudos e relatórios necessários sobre os impactos em potencial. O EIA/Rima é, assim, instrumento fundamental para observância de tal princípio, que se impõe ao empreendedor, em cada caso, no licenciamento ambiental obrigatório para as atividades potencialmente lesivas.

5.3.3 Princípio do Poluidor-Pagador

Tal princípio encontra-se ancorado no Princípio 16 da Declaração Rio de 1992 e no art. 4º da Lei 6.938/81. Diz, em essência, que o utilizador do recurso natural deve suportar o conjunto dos custos destinados a tornar possível a utilização desse recurso e aqueles oriundos da própria utilização. Nesse compasso, é o utilizador quem suporta todos os ônus, não podendo repassá-lo ao consumidor final. O princípio poluidor-pagador, assim impõe um custo ambiental, ou um ônus social ao empreendedor que explora o recurso, pois se utiliza em seu benefício de um bem natural que pertence, a todo, à coletividade, devendo, portanto, suportar os ônus dessa sua exploração.

5.3.4 Princípio da Reparação

Impõe ao agente poluidor o dever de reparar o dano causado ao meio ambiente. Tem fundamento no art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988 e nos arts. 4º, VII e 14 da Lei 6.938/81. O objetivo é impor uma recuperação ou uma reparação do meio ambiente degradado. Tal obrigação é objetiva, independentemente de culpa ou de responsabilização civil, penal ou administrativa. O poluidor é assim reconhecido pelo simples fato de exercer a atividade causadora de degradação ambiental e, como tal, deve responder objetivamente pelo dano causado.

5.3.5 Princípio da Informação e Notificação

Esse princípio decorre do direito-dever da coletividade de informar, informar-se e ser informada sobre as questões que envolvam o meio ambiente, o que lhe confere o direito ao acesso às informações oficiais e às notícias veiculadas pelos meios de comunicação. O fundamento jurídico se encontra no Princípio 10 da Declaração Rio de 1992, no art. 9º da Lei 6.938/81, ainda pelo Dec. 99.274/90 e pela Lei 10.650/03.

Por outro lado, impõe ao poluidor o dever de comunicar o Poder Público e a coletividade no caso de ocorrência de qualquer dano ambiental. Seu fundamento jurídico encontra-se no § 1º, do art. 10, da Lei 6.938/81. A notificação do dano, é bom lembrar, não constitui, necessariamente, causa atenuante da responsabilidade.

5.3.6 Princípio da Obrigatoriedade da Intervenção Estatal

Referido princípio, que encontra seu fundamento no Princípio 17 da Declaração de Estocolmo de 1972, impõe ao Poder Público o dever de planificar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais, com vistas à melhora da qualidade do meio ambiente.

5.3.7 Princípio da Participação/Cooperação

A questão ambiental invoca a necessidade de participação de toda a sociedade. As leis e regulamentos ditados em escritórios e gabinetes não terão a eficácia ambiental almejada se, na implementação de suas políticas, não participar toda a sociedade. Tal princípio, portanto, se constitui, como de resto acontece na maioria dos outros princípios ambientais, num poder-dever. A sociedade e seus grupos representativos têm o direito e o dever de, em conjunto com o poder público, participarem da formulação e execução das políticas ambientais.

O fundamento jurídico deste princípio é encontrado no caput do art. 225 da Constituição Federal e nos arts. 77 e 78 da Lei 9.605/98.

5.3.8 Princípio do Acesso Adequado aos Recursos Naturais

O princípio do acesso adequado aos recursos naturais reconhece o direito de todos os seres humanos a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza. Assim, o homem é o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Tal princípio está insculpido no Princípio 1 da Declaração Rio de 1992.

5.3.9 Princípio do Desenvolvimento Sustentável

Há discussão se o desenvolvimento sustentável se constitui ou não um princípio decorrente da Declaração do Rio de 1992, que não o elenca expressamente, adotando-o mais como um critério, sendo, o desenvolvimento, o princípio.

Há de se reconhecer, no entanto, que o desenvolvimento sustentável é a forma de se preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, através de uma conjugação de desenvolvimento econômico com respeito e promoção do meio ambiente.

Encontramos os fundamentos do desenvolvimento sustentável no art. 2º da Lei 6.938/81 e, ainda, nos arts. 225 e 170 da Constituição de 1988, quando se referem à necessidade de se aliar progresso econômico com proteção ambiental de modo a preservar um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

5.3.10 Princípio da Educação Ambiental

A Declaração de Estocolmo de 1972, em seu Princípio 19, revelou, pela primeira vez, a expressa preocupação com a educação em matéria ambiental. A partir da Declaração do Rio de 1992 – ECO 92, a educação ambiental passou a se estruturar em três pilares: a reorientação do ensino para o desenvolvimento sustentável; o aumento da consciência pública e a promoção do treinamento.

Esse direcionamento dá à educação ambiental um papel preponderante no surgimento de fatores necessários ao desenvolvimento sustentável, criando condições para o seu surgimento e manutenção. A Lei 9.795/99, regulamentada pelo Decreto 4.281/2002, estabelece a Política Nacional de Educação Ambiental, conceituando-a, em seu art. 1º, como:

[...] processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

6 FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL DA PROPRIEDADE

Após analisarmos o direito de propriedade do ponto de vista histórico, verificando as inúmeras transformações pelas quais vem passando, notadamente, a partir do início do século XX, constatamos que a propriedade constitucional, em todos os seus estatutos, é, genética e intrinsecamente, ligada à função social que representa.

Ao abordarmos o tema da função social da propriedade, buscamos deixar clara a posição da mais moderna e abalizada doutrina no sentido de que não só a função social da propriedade participa da gênese do direito de propriedade, conformando-lhe a estrutura e razão de ser, como, também e por isso mesmo, impõe ao proprietário não só um dever negativo de abster-se de agir em desconformidade com tal função (*non facere*) ou de simplesmente suportar (*pati*) as derrogações por ela impostas, mas um dever ativo, de agir na sua promoção, dando à propriedade a função social que lhe é própria, de acordo com cada estatuto proprietário e de acordo com os princípios fundantes da Constituição.

Nesse sentido, leciona, magistralmente, Pietro Perlingieri:

Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (art. 2º Const.) o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para **promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento**. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social. Esta deve ser entendida não como uma intervenção “em ódio” à propriedade privada, mas torna-se “a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito”, um critério de ação para o legislador, e um critério de individualização da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e de atividades do titular. (PERLINGIERI, 2007, p.226, grifo nosso)

Adaptando a referência constitucional do mestre italiano, está, a propriedade, no ordenamento jurídico brasileiro, inescapavelmente vinculada à promoção dos valores estabelecidos nos arts. 1º e 3º da Constituição Federal, dentre os quais ressaltamos os núcleos: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, pluralismo, liberdade, justiça, solidariedade, desenvolvimento,

erradicação da pobreza e da marginalização, redução de desigualdades sociais e a promoção do bem de todos sem discriminação.

A esses, se acresce o princípio insculpido no art. 225 da Carta de 1988, segundo o qual:

[...] todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

E, mais uma vez, invocamos a lição de Perlingieri, em seqüência do raciocínio desenvolvido na transcrição acima:

Mais marcada deve ser, também no intérprete, a consciência de que o crescimento econômico e o conseqüente bem-estar (*benessere*) quando não preservam a qualidade de vida, ou seja, a “liberdade” e a “dignidade humana” não são progresso e desenvolvimento social e constitucionalmente valoráveis, mas se traduzem, antes ou depois, em um mal-estar para todos. (PERLINGIERI, 2007, p. 228)

Como corolário desse raciocínio, chegamos à conclusão de que ao direito de propriedade, também por força da constituição, incumbe, para além de uma função social, uma função sócio-ambiental, que também importa, não só num respeito negativo (*non facere* ou *pati*) ao meio ambiente, mas, também, num dever positivo de promoção ambiental de uso efetivo da propriedade na consecução de objetivos ambientais.

Releva destacar, antes de prosseguirmos no desenvolvimento dessa análise, que respeito ao meio ambiente, antes de qualquer coisa, importa em sobrevivência, restando cada vez mais claro e insofismável, que sem um meio ambiente equilibrado e sadio não há, também, propriedade economicamente apreciável, estejamos nós falando de propriedade urbana ou rural, de móvel ou imóvel, ou de qualquer outro estatuto proprietário.

Retomando o raciocínio inicial, podemos afirmar, sem receio, que a função sócio-ambiental a que nos referimos, não decorre simplesmente de uma constatação fático-ecológica e nem, diriam alguns, de um “xiismo” ambientalista, mas do próprio texto constitucional, na forma do inciso XXIII, do art. 5 (função social genérica); do inciso VI, do art. 170 (defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica); do § 2º do art. 182 (função sócio-urbanística da propriedade urbana) e

do inciso II, do art. 186 (função sócio-ambiental da propriedade rural), todos, combinados sistemicamente com o art. 225 e seus parágrafos e incisos.

Em relação à propriedade urbana do artigo 182, releva notar que, embora sem expressa referência ao meio ambiente, a exigência de um plano diretor tem por pressuposto essencial o fator ambiental.

Por outro lado, se ainda subsiste algum apego à codificação civil, há de se reconhecer que o Código Civil de 2002, conforme já referido alhures, traz no § 1º, de seu art. 1228, o reconhecimento expresso de uma funcionalidade ambiental ao dizer:

§ 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.** (grifo nosso)

Assim, conforme Benjamin (1997), a proteção ao meio ambiente “participa da gênese do direito de propriedade”, “sendo interligados como que faces de uma mesma moeda”, razão pela qual são inafastáveis do direito de propriedade as obrigações para com o meio ambiente.

De fato, direito de propriedade e meio ambiente, são institutos interligados, como que faces de uma mesma moeda; nesse sentido, não seria incorreto dizer-se que o Direito Ambiental é fruto de uma amálgama do Direito das Coisas com o Direito Público. Com isso queremos mostrar que qualquer tutela do meio ambiente implica sempre interferência (não necessariamente intervenção, como abaixo veremos) no direito de propriedade. Interferência essa que, no sistema jurídico brasileiro, mais do que meramente facultada ou tolerada, é, na origem constitucional, imposta, tanto para o Poder Público (trata-se de comportamento vinculado), como para o particular (é comportamento decorrente de função); eis o fundamento da inafastabilidade das obrigações ambientais. (BENJAMIN, 1997, p. 14)

Para o ministro, há entre ambiente e propriedade uma “salutar promiscuidade”, “ontológica e legal”, de modo que, ao se tratar de proteção ambiental, não se pode falar em intervenção (ato de fora para dentro) no direito de propriedade, como se, na cronologia constitucional, tivesse primeiro nascido o direito de propriedade e, depois, a tutela ambiental.

Tal pensamento não prospera, segundo ressalta, apontando-lhe dois erros essenciais:

[...] no regime constitucional brasileiro vigente, a tutela do meio ambiente, quando confrontada como direito de propriedade, lhe é logicamente antecedente (não existe direito de propriedade pleno sem salvaguarda

ambiental) e historicamente contemporânea (ambos os direitos são reconhecidos num mesmo momento legislativo e texto normativo). (BENJAMIN 1997, p. 14)

Na lição de Benjamin (1997), portanto, a proteção ambiental e o direito de propriedade não estão em conflito no texto constitucional, mas, ao contrário, nascem ambos da mesma “relação sociedade-indivíduo que dá à propriedade todo o seu significado e amparo”.

Reafirmamos, assim, que o direito de propriedade, como decorrência lógica de sua função social, traz em si, também uma função sócio-ambiental, que para além daquela, importa no emprego ativo da propriedade em prol de objetivos ambientais.

Interessante analogia podemos fazer com a teoria das gerações de direitos de Norberto Bobbio (1992), ressalvadas aqui, as críticas que se lhe possam fazer.

Num primeiro momento, o dos direitos de primeira geração, a propriedade é garantida em toda a sua plenitude e da forma mais absoluta, como representação da própria personalidade e da liberdade humanas, como direito humano fundamental em oposição aos cerceamentos do Estado absolutista. A esta geração, poderíamos atribuir-lhe o ideal de liberdade, pregado pela Revolução Francesa.

Num segundo momento, o dos direitos de segunda geração, a propriedade incorpora valores sociais, entre estes, o de uma função social ainda não gravada em sua estrutura, mas como mera limitação externa, identificada com os sistemas de limitação da propriedade, com pregou e prega parte da doutrina, na forma da pertinente crítica de José Afonso da Silva, já referida em momento anterior e, a essa nova concepção, talvez pudéssemos associar o segundo ideal revolucionário – o da igualdade.

Com os direitos de terceira geração, a função social incorpora-se estruturalmente ao direito de propriedade, não se conformando mais, no dizer de Perlingieri, ao “preconceito de caráter dogmático de que a propriedade seja um direito subjetivo *tout court*. A propriedade é, ao revés, uma situação subjetiva complexa.” (PERLINGIERI 2007, p.143),

Por isso mesmo, ao direito de propriedade se integra a noção de relação jurídica, entre a situação do proprietário e os centros de interesse antagônicos de toda a coletividade. O que tem relevância prática no nosso contexto, uma vez que

podemos extrair dessas relações, a noção de obrigações, dentre as quais destacamos a de agir positivamente na promoção da proteção ambiental.

Assim, continuando a analogia proposta, o direito de propriedade de terceira geração, tem em si mesmo uma função sócio-ambiental, estando impregnado, portanto, de um poder-dever de agir na defesa do meio ambiente, direito difuso por excelência, associado aos princípios de solidariedade e, porque não dizer, da fraternidade, buscada pelo terceiro ideal da Revolução Francesa.

Guerra Filho, nessa mesma direção, refere-se a dimensões dos direitos fundamentais, em que os direitos pré-existentes adquirem novas dimensões a partir do surgimento de novos direitos:

Mais importante é que os direitos “gestados” em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já trás direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos Direitos Fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental. (GUERRA FILHO, 1999, p.40)

Podemos tirar dessas lições, portanto, que o direito de propriedade é, em si mesmo, um instrumento de proteção ambiental e como tal deve ser exercido. Se isso é verdade, como parece apontar o texto constitucional e as doutrinas citadas, há de se exigir dos proprietários, do poder público e do judiciário, uma aplicação e interpretação das situações de conflito, tendo como pressuposto essa função.

Não se quer dizer com isso que o direito de propriedade esteja ou possa ser aniquilado. Jamais poderá o direito de propriedade, conforme alerta Perlingieri, ser esvaziado de seu conteúdo a ponto de transformar-se num “**título de nobreza**”.

Do inteiro quadro constitucional deriva que a propriedade privada não pode ser esvaziada de qualquer conteúdo e reduzida à categoria de propriedade formal, como um título de nobreza. Ela representa não um desvalor, mas um instrumento de garantia do pluralismo e de defesa em relação a qualquer tentativa de estatalismo. Se os estatutos proprietários são diversos em relação aos objetos, aos sujeitos, às destinações e mesmo aos patrimônios e às circunstâncias concretas, não existe um conteúdo mínimo da propriedade; existem, sim, os conteúdos mínimos de cada estatuto proprietário que é necessário individualizar através de uma análise atenta. A propriedade, não importa que aspecto tenha, não se pode exaurir em uma mera forma, mas necessita de um conteúdo. Uma coisa é o problema da conforma do estatuto proprietário, outra é aquele da expropriação. [...] A função social não pode em caso algum, contrastar o conteúdo mínimo:

função social e conteúdo mínimo são aspectos complementares e justificativos da propriedade. (PERLINGIERI, 2007, p. 230, 231)

O que, na visão de Tepedino, na nossa opinião apenas dito de forma diversa, equivale dizer:

A disciplina da propriedade constitucional, a rigor, apresenta-se dirigida precisamente à compatibilidade da situação jurídica de propriedade com situações jurídicas não-proprietárias. De tal compatibilidade deriva (não já o conteúdo mínimo, mas) o preciso conteúdo da (situação jurídica de) propriedade inserida na relação concreta. (TEPEDINO, 2004, p.323)

Não houve, assim, a morte do direito de propriedade, nem mesmo a sua estatização ou o seu comunismo. O que há, na propriedade civil-constitucional, na verdade, é uma atualização, uma reconstrução desse, tão antigo quanto presente, instituto de direito privado, sob o prisma da sustentabilidade social e ambiental, sob o prisma, enfim, do Estado Democrático de Direito.

7 CONCLUSÃO

Em conclusão, podemos dizer que o marco inicial para a análise do direito de propriedade, em sua conformação moderna, foi a Revolução Francesa e seus desdobramentos, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e o Código de Napoleão, que proclama um direito de propriedade totalmente liberto de qualquer resquício do Estado Absolutista, sendo garantido do modo mais absoluto possível ao proprietário, que tem o dever, por óbvio, apenas de respeitar os limites externos ditados pela lei.

Há nesse direito de propriedade que exsurge da Revolução Francesa um individualismo exacerbado, podemos dizer, até, um absolutismo do proprietário sob os bens, objeto de seu domínio. O absolutismo monárquico sobre o Estado, é substituído por um absolutismo individual do proprietário sobre a coisa, chegando-se a afirmar, nessa primeira fase, até mesmo a existência de um *jus abutendi*, um direito de abusar da coisa, no sentido de se poder fazer dela o que bem se entendesse, inclusive destruí-la ou modificá-la em sua essência.

Tal idéia, embora há muito superada doutrinariamente, ainda remanesce no senso comum. Esse senso comum, que a doutrina jurídica não logrou desfazer ao longo de sua evolução, leva o proprietário a enfurecer-se com qualquer limitação que se lhe imponha a propriedade, as de caráter ambiental principalmente.

Não se pode deixar de reconhecer, todavia, que a propriedade individualista e egoísta nascida da Revolução Francesa e solidificada no Estado Liberal que se estabeleceu a seguir, tem uma justificativa histórica plausível. Era preciso romper com o Estado Absolutista e dar ao indivíduo liberdade e igualdade, ainda que meramente formal. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão foi, de fato, uma grande conquista para os direitos humanos, embora não tenha levado a efeito o ideal de liberdade e igualdade no campo material.

As profundas transformações geradas pela Revolução Industrial e o acirramento das diferenças entre os proprietários dos bens de produção e os não proprietários, farão com que a filosofia, a sociologia e a própria Igreja voltem seus olhos para o problema da disparidade social. A opulência econômica gerada pelas fábricas da Revolução Industrial, não pode se sustentar sobre condições miseráveis

de trabalho e de vida, sobre longas e excruciantes jornadas de trabalho, sobre o trabalho infantil e sobre os miseráveis salários pagos.

Surgem, assim, os textos filosóficos e doutrinários que darão origem à teoria da função social da propriedade, que será abraçada pelas Constituições sociais do primeiro pós-guerra, como a Constituição do México de 1917 e a famosa Constituição de Weimar, de 1919.

A função social da propriedade importa em verdadeira mudança de paradigma para o direito de propriedade, até então praticado em caráter essencialmente individualista e egoísta, avesso a qualquer interferência de interesses não proprietários.

Essa função social da propriedade ingressa em nosso ordenamento, a rigor, pela Constituição de 1946, que, pela primeira vez, relaciona o direito de propriedade com uma necessidade de promoção social. Todavia, somente se instalará, de fato, na Constituição de 1988, que não só estabelece a função social da propriedade como princípio da ordem econômica e social, mas a instala no rol dos direitos fundamentais, no inciso XXIII, do art.5º.

Mas essa função social não se constitui apenas em mais um instrumento dos sistemas de limitação da propriedade. Essa função está geneticamente ligada ao direito de propriedade, sendo dele parte inseparável, sem a qual não subsiste ou não encontra tutela no ordenamento jurídico.

O cerne da discussão proposta no presente trabalho importa, portanto, no reconhecimento de que o direito de propriedade nascido da Constituição de 1988, tem um cunho eminentemente solidarista, poroso a interesses extraproprietários.

Se assim é, uma decorrência lógica, ditada pela profusão de normas e princípios ambientais contidos no texto constitucional, forçoso é reconhecer que ao direito de propriedade incumbe, ainda, uma função sócio-ambiental, que faz dele um verdadeiro instrumento de promoção ambiental.

Essa função e essa obrigação promocional do meio ambiente estão insertas em dispositivos como os dos arts. 182 e 186 da Constituição de 1988, os quais arrolam os requisitos para cumprimento da função social, tendo o meio ambiente papel de destaque.

Em especial, a vinculação que o § 2º, do art. 182 faz da propriedade urbana aos planos diretores é de ser reconhecida como verdadeira atribuição ambiental,

haja vista que a ordenação urbana está intimamente ligada ao fator ambiental das cidades.

Aos mais refratários à interpretação civil-constitucional, o novo Código Civil não deixa qualquer opção, reconhece a nova feição desse instituto jurídico e avisa – a propriedade será exercida:

[...] 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. (Grifo nosso)

Concluimos, assim, que o direito de propriedade, na conformação que lhe dá a Constituição e o próprio Código Civil, está umbilicalmente ligado à questão ambiental, amalgamados no dizer de Benjamin (1997), e, em assim sendo, é, também, instrumento ativo de promoção da preservação ambiental.

8 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen JURIS, 2002.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações ao poder de tributar**. 5.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente**. In: Congresso Internacional de Direito Ambiental - 5 anos após a ECO - 92 – Anais. São Paulo, 1997, p.11-36.

BESSONE, Darcy. **Direitos reais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BÍBLIA. Português. **Nova Tradução na Linguagem de Hoje**. Sociedade Bíblica do Brasil, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código civil brasileiro interpretado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v. 7.

CHEMERIS, Ivan Ramon. **A Função social da propriedade: o papel do Judiciário diante das invasões de terras**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

COSTA. Cássia Celina Paulo Moreira. **A Constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. **A cidade nuclear e o direito periférico** – reflexões sobre a propriedade urbana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIUZA, César (Coord.); SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FREIRE, William. **Direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GASSEN, Valcir. **A natureza histórica da instituição do direito de propriedade**. In Fundamentos da história do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

GOMES, Sebastião Valdir. **Direito ambiental brasileiro**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HUNT, E. K. **História do pensamento econômico**. Trad. José Ricardo Brandão de Azevedo. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. In: Coleção "Os Pensadores". São Paulo: Abril Cultural, 1999.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. VI.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MALUF, Carlos Alberto Dabus Maluf. **Limitações ao direito de propriedade de acordo com o Código Civil de 2002 e com o estatuto da cidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo, Malheiros Editores, 1999.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado: direito das coisas aquisição da propriedade imobiliária - Tomo XI**. Campinas: Bookseller, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 5.

MORAES, Luis Carlos Silva de. **Código florestal comentado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOURÃO, Elza Soares Batista. **Direito Ambiental: Instrumentos para a efetivação da tutela jurídica do meio ambiente**. 2004. Dissertação (Mestrado em Planejamento e Gestão Ambiental) – Universidade Católica de Brasília, Brasília.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. 3.

PERLINGIERI. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. São Paulo: Renovar, 2007.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Desigualdade entre os homens**. In: Coleção "Os Pensadores". São Paulo: Abril Cultural, 1999.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental: na Dimensão Internacional e Comparada**. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

SATO, Jorge. **Mata atlântica direito ambiental e a legislação: exame das restrições ao uso da propriedade**. São Paulo: Hemus, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SILVA, Vicente Gomes da. **Comentários à legislação ambiental**. Brasília: W.D. Ambiental, 1999.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações** – Livro IV, cap. 2. Curitiba: Hemus, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. São Paulo: Atlas, 2004. v. 5.

WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro – direito das coisas**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.