

## A PROPRIEDADE CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA E POLÍTICA SOBRE O DIREITO DE PROPRIEDADE NO BRASIL

### CONSTITUTIONAL PROPERTY: A HISTORICAL AND POLITICAL APPROACH TO PROPERTY RIGHTS IN BRAZIL

MATHEUS FERREIRA BEZERRA<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1 O DIREITO DE PROPRIEDADE. 1.1 UM BREVE RELATO HISTÓRICO SOBRE A PROPRIEDADE. 1.2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO. 2 A PROPRIEDADE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 3 A PROPRIEDADE NO CONTEXTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. CONCLUSÕES

**RESUMO:** O presente trabalho se propõe a realizar um estudo histórico sobre a propriedade, a partir de um olhar sobre o bem e não somente sobre as funções ou os poderes do proprietário, a fim de compreender o seu processo de legitimação ao longo dos anos, e as transformações sofridas, relacionando essas mudanças, com os reflexos promovidos no direito de propriedade, em especial, o direito brasileiro, a partir de uma comparação entre os dispositivos previstos pelos códigos civis de cada momento. Esta proposta de trabalho tem por finalidade compreender o papel político atribuído à propriedade, em cada momento histórico, a fim de entender o seu papel na sociedade, a partir do entendimento de que possui uma função inerente à sua existência, por ser legitimada a partir de escolhas políticas. Nesse sentido, por meio de uma visão contextualizada com a proposta atual, trazida pela Constituição Federal de 1988, com os seus princípios e valores, o trabalho busca uma reflexão sobre a própria função ínsita da propriedade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Transformações; Contexto Social; Função Social.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito (UFBA). Universidade do Estado da Bahia (UNEB). e-mail: mfbezerra@uneb.br

**ABSTRACT:** The present work proposes to carry out a historical study on property, from a perspective on the property and not only on the functions or powers of the owner, in order to understand its legitimization process over the years, and the transformations undergone, relating these changes to the effects promoted in property rights, in particular, Brazilian law, based on a comparison between the provisions provided for by the civil codes of each moment. This work proposal aims to understand the political role attributed to property, at each historical moment, in order to understand its role in society, based on the understanding that it has a function inherent to its existence, as it is legitimized from political choices. In this sense, through a vision contextualized with the current proposal, brought by the Federal Constitution of 1988, with its principles and values, the work seeks a reflection on the inherent function of property.

**KEYWORDS:** Transformations; Social Context; Social Function

## INTRODUÇÃO

A propriedade representa um conceito muito importante para o Direito, dada a sua relevância social, ao longo da história da humanidade, estando presente desde a Antiguidade até os dias atuais e representa um forte mecanismo de acumulação de riqueza ou bem-estar para a vida humana.

Embora o Direito se ocupe com o tratamento e a disciplina da propriedade, estabelecendo os limites para o seu uso, é muito comum nos estudos jurídicos não se ocupem em compreender o que vem a ser a propriedade em si mesma, ou o tema é abordado em segundo plano, haja vista que a ênfase mais comum nos manuais está no direito de propriedade, cuja abordagem se inicia, geralmente, sobre os poderes inerentes deste direito. Deste modo, ao contrário de outros ramos, a exemplo dos contratos, em que se busca partir para a compreensão de sua constituição e formação, a propriedade não é retratada como um elemento a ser estudado, embora seja o objeto do direito de propriedade.

Contudo, apesar de silente em alguns estudos, a abordagem da propriedade não pode deixar de ser pensada nos Direitos Reais, nem mesmo nos estudos sobre o Direito Constitucional, uma vez que toda a relação traçada leva em consideração a ideia de propriedade que é estabelecida pelo Direito, o que

permite compreender que a propriedade é uma posição política do Estado sobre qual ou quais os bens que são passíveis de apropriação pelo homem em dado momento de sua história, desde que atenda àquilo que foi estabelecido como condição para que alguém ocupe a condição de titular do bem.

Nesse contexto, buscando compreender um pouco melhor a relação histórica entre os ideais estabelecidos sobre a propriedade em cada momento histórico e suas influências sobre os direitos reais, o que permite uma melhor compreensão do papel e, conseqüentemente, da função exercida em cada momento, o presente estudo se propõe a uma análise a partir das transformações sofridas, com ênfase na perspectiva atual, trazida pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, para além de uma análise que contemple apenas as mudanças legislativas ocorridas no Brasil nos últimos anos, o presente trabalho tem por fito contemplar a própria finalidade com a proteção constitucional da propriedade ao longo do tempo, de acordo com o momento histórico e o contexto político em que se inseria a propriedade.

Desse modo, o presente trabalho utiliza uma pesquisa bibliográfica, através do método dialético, utilizando-se a doutrina do Direito Civil, que aborda os direitos reais, e do Direito Constitucional, que tratam especificamente do tema de propriedade, a fim de construir uma abordagem interrelacionada entre a propriedade e o direito de propriedade, no direito brasileiro, que permita uma compreensão em cada momento.

## **1 O DIREITO DE PROPRIEDADE**

A propriedade representa um elemento essencial para a compreensão da história econômica, social, política e jurídica da humanidade, ao longo dos séculos, e isso trouxe uma necessidade de disciplina política e jurídica do instituto, o que encontrou guarida no Direito Civil desde a antiguidade.

Quando o homem passou a assumir a titularidade de um bem, o direito civil buscou regular as relações jurídico-sociais decorrentes deste processo, como

forma de disciplinar as relações humanas, tanto para se ocupar das formas de aquisição, perdas e transmissão dos bens, quanto para se estabelecer os limites sobre a propriedade para cada sujeito por ela afetado.

Desse modo, a compreensão deste instituto jurídico passa por uma noção sobre o seu conceito, que, de acordo com Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau pode ser entendida como: “[...] a atribuição a uma pessoa, ou a um grupo de pessoas, do poder de decisão sobre a utilização de um recurso, e dos ganhos e perdas dele resultantes.”<sup>2</sup>

Nesse sentido, o direito brasileiro, reconhecendo a importância da propriedade para a sociedade e a necessidade de sua proteção, sobretudo, face ao poder público, deu relevância constitucional ao tema, reconhecendo o direito de propriedade e a proteção patrimonial, como direito individual fundamental previsto no inciso XXII, do art. 5º da Carta Magna.

Doravante, uma vez erigida à condição de direito fundamental, o que também ocorre com os direitos da personalidade, como apresentado no capítulo anterior, nota-se que qualquer conflito de normas existentes entre estes direitos não se resume apenas a uma alegação constitucional, posto que ambos estariam no mesmo plano, *a priori*, mas de uma análise concreta do caso, a partir do uso da ponderação.

### 1.1 Um Breve Relato Histórico sobre a Propriedade

A defesa da propriedade acompanha à própria história do homem, principalmente quando este, abandonando o nomadismo, assumiu uma postura sedentária, vivendo, assim, num determinado local, que passou a considerar como “seu”, para a formação e desenvolvimento do agrupamento humano então formado.

Nesse sentido, de acordo com John Locke, a ideia de propriedade decorre do trabalho humano e o desenvolvimento deste faz com que o ato de se apropriar possa ser compreendido como justo a alguém e, conseqüentemente, injusto para

---

<sup>2</sup> MACKAAY, Eja; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. [Trad. Rachel Sztajn]. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 228.

os demais pretendentes de determinada terra, como se observa pela seguinte passagem:

[...] Não bastará, para provar a nulidade de seu direito, dizer que todos os outros podem fazer valer um título igual, e que, em consequência disso, ele não pode se apropriar de nada, nada cercar, sem o consentimento do conjunto de seus coproprietários, ou seja, de toda a humanidade. Quando Deus deu o mundo em comum a toda a humanidade, também ordenou que o homem trabalhasse, e a penúria de sua condição exigia isso dele. Deus e sua razão ordenaram-lhe que submetesse a terra, isto é, que a melhorasse para beneficiar sua vida, e, assim fazendo, ele estava investindo uma coisa que lhe pertencia: seu trabalho. Aquele que, em obediência a este comando divino, se tornava senhor de uma parcela de terra, a cultivava e a semeava, acrescentava-lhe algo que era sua propriedade, que ninguém podia reivindicar nem tomar dele sem injustiça. Nenhum outro homem podia se sentir lesado por esta apropriação de uma parcela de terra com o intuito de melhorá-la, desde que ainda restasse bastante, de tão boa qualidade, e até mais que indivíduos ainda desprovidos pudessem utilizar. Se bem que, na realidade, a cerca que um homem colocasse em seu benefício não reduziria nunca a parte dos outros. Deixar uma quantidade igual que outro homem fosse capaz de utilizar, equivaleria a não tomar nada. Ninguém pode se sentir lesado por outra pessoa beber, ainda que em uma quantidade exagerada, se lhe é deixado todo um rio da mesma água para matar sua sede. O que vale para a água, vale da mesma forma para a terra, se há quantidade suficiente de ambas<sup>3</sup>.

A “apropriação” é uma palavra utilizada para duas significações distintas: uma, tornar algo próprio para a realização de uma determinada finalidade e a outra, de fazer algo de propriedade ou posse, de modo que neste, tem-se uma *apropriação-pertença*, enquanto que naquele outro sentido, uma *apropriação-destinação*<sup>4</sup>.

Doravante, é comum se utilizar a frase “ele se apropriou do discurso”, de modo a se compreender que o discurso foi utilizado para uma fundamentação, mas não que alguém tenha assumido a sua titularidade e também, em outro

<sup>3</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. [Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa]. Petrópolis-RJ: Vozes, 1994, P. 100-101.

<sup>4</sup> DARDOT; Pierre; LAVAL, Christian. Propriedade, apropriação social e instituição comum. [Tradução: Naira Pinheiro dos Santos]. **Tempo Social: Revista de Sociologia da USP**, v. 27, n. 1. São Paulo, jun. 2015, pp. 261-273.

sentido, “ele se apropriou do terreno abandonado”, de modo a ensejar o sentido ora utilizado de se tomar posse, assumindo algo como seu.

Sendo assim, a apropriação utilizada no presente trabalho, consiste naquela ação de tomar algo para si, como coisa. Esta ação assume desde antiguidade a preocupação do direito, seja pelo aspecto econômico envolvido, uma vez que a apropriação se reverte em poder e propriedade nas sociedades mais primitivas, possibilitando o surgimento de conflitos sociais. Com efeito, a existência de propriedade é, em sua essência, conflituosa, pois, a despeito de ser justificada como o exercício de um direito de liberdade, segundo o pensamento iluminista, considera imprescindível para a autonomia do indivíduo, mas que traz consigo a ideia de exclusão do outro<sup>5</sup>.

Destarte, a partir das convivências em grupo e da necessidade de se defender o seu espaço de constantes ameaças, existentes dentro do próprio grupo de indivíduos, criou-se gradativamente as normas de convivência sociais que culminaram com o desenvolvimento da propriedade privada pelo homem e o seu reconhecimento pelo direito, como forma de legitimar e estabilizar as relações sociais<sup>6</sup>.

Por conseguinte, contextualizando a propriedade no tempo, Paulo Lôbo defende que o conceito de propriedade depende dos contextos históricos vividos, sendo, hoje, compreendida como “[...] o conjunto de direitos e deveres atribuídos a uma pessoa em relação à coisa, com oponibilidade às demais pessoas [...]”<sup>7</sup>. A propriedade surge, assim, como uma proposta política, ligada ao contexto histórico.

Nesse sentido, apresentando os registros doutrinários históricos, em primeiro lugar, Darcy Bessone ensina que o homem passou a se apropriar livremente das coisas da natureza em nome de uma coletividade (horda)<sup>8</sup>, demarcando o surgimento de uma propriedade coletiva, que não possuía espaço delimitado de existência, dado ao caráter nômade do ser humano da época. Trata-

<sup>5</sup> DARDOT; Pierre; LAVAL, Christian. **Op. cit.**

<sup>6</sup> BEZERRA, Matheus Ferreira. O direito de propriedade como direito à propriedade: uma análise à luz dos princípios constitucionais vigentes. In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2009, Maringá. **Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. v. 1 CD. p. 7217-7233.

<sup>7</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: coisas**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 84.

<sup>8</sup> BESSONE, Darcy. **Direitos reais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

se, pois, de um processo que gradativamente foi resultando na diminuição de titulares (da coletividade para as famílias e das famílias para seus chefes, em nome das famílias), momento em que se registrou uma transição entre a propriedade coletiva e a propriedade individual.

Amiúde, mais a fundo na estrutura do direito romano na antiguidade, José de Alencar ressalta a *mancipio*<sup>9</sup>, uma cerimônia civil de investidura numa propriedade, como a gênese do instituto, visto que este momento histórico compreende tudo aquilo que se poderia adquirir pela força, pelo direito de captura, que durou muitos anos no direito civil, estabelecendo a base daquela sociedade, apresentando interferências, por exemplo, na liberdade, na participação política e na chefia da família.

Nesse contexto, primeiro, nota-se que o conceito de propriedade não foi construído desde o início do tratamento jurídico do tema; segundo, a ideia da apropriação passa a contemplar um número menor de titulares. Desse modo, a propriedade privada deixou de ser plurifamiliar, em que reunia diversas famílias, para ser familiar, na qual correspondia a interesses de um número menor de pessoas unidas por laços de parentesco a um ancestral comum.

Por conseguinte, observa-se que a relação de apropriação existente entre o homem e os bens remonta aos tempos primitivos da humanidade, de modo que o direito de propriedade há muito acompanha as sociedades humanas, sempre se modificando, ao longo dos anos, para melhor atender a realidade social e jurídica de seu tempo. Deste modo, de tempos em tempos, os conceitos de propriedade são revistos pela política legislativa, a fim de se adequar o instituto aos interesses sociais de um dado momento histórico.

Sendo assim, a propriedade é reflexo de uma interação do homem com o bem, que não se mantém a mesma ao longo do tempo. Esta relação passar por diversas transformações que tanto influenciam quanto são influenciadas pelas relações sociais de cada momento histórico, passando desde a um contexto de inexistência de propriedade, com o nomadismo a noção de uso superando a de ter, até outro momento em que os bens passam a ser apropriáveis e ainda

---

<sup>9</sup> ALENCAR, José de. **A propriedade**. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 11.

apreciáveis economicamente, que asseguram a necessidade do ter direta, através do próprio bem, quanto indiretamente, através das trocas monetárias.

Doravante, verificou-se uma redução ainda maior com o início das Invasões Bárbaras, que marcaram o começo da Idade Média, uma vez que a população das cidades abandonou os centros urbanos em busca de abrigo nos feudos pertencentes aos nobres capazes de lhes oferecer proteção e terras para a produção, voltada à subsistência, daqueles que buscavam trabalhar em regime de servidão que marcou a época na qual nasceu a noção de domínio útil, como bem leciona Francisco Eduardo Loureiro:

Houve seguido desmembramento da propriedade à medida que se admitiu a cessão parcial dos feudos e censos a terceiros. As sucessivas subcessões de direito terminaram por permitir que um número de pessoas com direitos reciprocamente limitados, utilizassem a mesma parcela de terra. A tentativa de disciplinar essa desordenada divisão da propriedade nos moldes romanos levou à criação da doutrina do chamado *domínio dividido*: o proprietário permanecia com o *domínio indireto*, ou *eminente*, enquanto o tenente tinha o *domínio útil*.<sup>10</sup>

Ademais, seguindo o pensamento do citado doutrinador, a partir da construção de domínio útil existe uma superação do paradigma da propriedade construído naquele momento histórico, assim, a propriedade passa a ser vista não somente sobre o seu aspecto de submissão à vontade do seu detentor, mas também como um bem a ser submetido a uma funcionalidade, que poderia ser voltado para atender as necessidades de um número de pessoas até então excluídas da propriedade<sup>11</sup>.

Nesse sentido, saliente-se que segundo Machado Paupério<sup>12</sup> ressalta que à função social da propriedade privada foi enraizada, primeiramente, pela Igreja Católica já na Idade Média, de modo que era compreendida como um exercício lícito e necessário. Sendo assim, ainda de acordo com Machado Paupério<sup>13</sup>, a

<sup>10</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003, p. 23.

<sup>11</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo. Op. Cit..

<sup>12</sup> PAUPÉRIO, A. Machado. A concepção cristã da propriedade e a sua função social. **Revista de informação legislativa**, ano 24, n. 93, p. 213-228, set. 1987.

<sup>13</sup> PAUPÉRIO, A. Machado. A concepção cristã da propriedade e a sua função social. **Revista de informação legislativa**, ano 24, n. 93, p. 213-228, set. 1987.

concepção cristã da propriedade privada, posicionava-a entre uma ideia individualista e coletivista, porém, esta não se apresentava estática, visto que se adequava as transformações sociais, a fim de se encontrar uma propriedade justa. Esse pensamento ratifica a ideia de que a noção de propriedade e os seus limites são construções políticas de cada tempo.

Paralelo a isso, com o advento da Carta Magna da Inglaterra em 1215, e, posteriormente, alguns anos depois, em outras nações, à luz do pensamento iluminista, expandido com a Revolução Francesa (1789), que propagou a derrocada do fim do absolutismo em outras monarquias europeias e pelo mundo, em diversos países do mundo, houve um freio ao livre arbítrio dos monarcas, de modo que o direito de propriedade foi inserido nas Constituições então editadas, agora, como uma garantia individual, em face ao Estado, de modo que o poder deste estaria limitado àquele direito reconhecido ao indivíduo<sup>14</sup>.

Esta ideia de propriedade, sobretudo concebida pelo direito francês, como um ideal burguês, resultou numa concepção individualista e absoluta<sup>15</sup>, como uma resposta frear o poder do Estado perante o indivíduo. Todavia, as transformações sociais vindouras, que trouxeram à tona o abuso do direito de propriedade, aflorada pelo agravamento das desigualdades sociais, advindas do modelo liberal, retomaram àquela concepção cristã de propriedade, fazendo com que se entendesse a mesma de uma forma capaz de atender ao interesse coletivo. A propriedade, então, representou uma liberdade contra o Estado.

Destarte, segundo Matheus Ferreira Bezerra<sup>16</sup>, a concepção individualista da propriedade também passa por uma crise, tanto necessária quanto fundamental para se adequar ao novo momento científico, resultando num novo paradigma para afastar a concepção egoística e absolutista da propriedade e se conceber uma nova proposta de gestão dos bens, passível de atender ao interesse social, como se verifica pela lição de Orlando Gomes<sup>17</sup>:

Acentua-se energicamente nos dias correntes a reação ao conceito absolutista da propriedade. Desde o século

<sup>14</sup> BEZERRA, Matheus Ferreira. Op. Cit.

<sup>15</sup> GOMES, Orlando. Op. Cit.

<sup>16</sup> BEZERRA, Matheus Ferreira. Op. Cit.

<sup>17</sup> GOMES, Orlando. Op. Cit., 1969, p. 124.

passado, vozes autorizadas levantaram-se para condenar a concepção egoística do domínio. A reação a esse dogma de intangibilidade da propriedade cresceu, ganhando riqueza doutrinária, até que se tornou, em nossos dias, convicção generalizada que orienta o legislador. Dia a dia a concepção individualista da propriedade cede terreno, instaurando-se em seu lugar, a concepção social, já consagrada em muitas Constituições.

Neste sentido, como marco legislativo, a Constituição de Weimar (1919) trouxe a proposta de uma propriedade funcionalizada, que traz consigo a ideia de limites e, conseqüentemente, que obriga o seu titular e seu uso deve estar adequado ao bem comum. Sendo assim, o exercício do direito de propriedade não se limita a uma compreensão absolutista, mas relativa ao contexto social em que a mesma se insere.

Esta transição apresenta reflexos até hoje ao direito de propriedade e a sua compreensão pelo mundo. No Brasil, em especial, a transição da propriedade, de acordo com o conceito liberal e a propriedade funcionalizada foi apresentado pelas redações dos Códigos civis de 1916 e 2002, quanto pelas diversas Constituições de 1824 a 1988 que apresentaram propostas distintas ao direito de propriedade, devendo, assim, serem melhor compreendidas.

## **2.2 Aspectos Históricos da Propriedade no Direito Brasileiro**

O direito de propriedade no Brasil, quando colônia, era regido pelas ordenações do Reino, o que permitiu que as concepções privadas por aqui fossem bastante influenciadas tradições lusitanas, inclusive, sendo muito conduzida pela orientação vigente na Europa em cada momento, tendo em vista que o epicentro jurídico era Portugal.

Neste sentido, direito português, no século XVII, estava mais preocupado em preservar as tradições lusitanas, expressas pelas Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), que consistiam em meras atualizações, dotadas de muitos pontos omissos, além de muito ligadas ao direito romano, o

que só veio a ser mudada no século XVIII, com o advento dos ideais liberais em Portugal<sup>18</sup>.

Ademais, de acordo com Guilherme Braga da Cruz<sup>19</sup>, os movimentos liberais que promovem uma ruptura no sistema na tradição jurídica portuguesa, a partir de 1820, coincidem, justamente com a separação política do Brasil e Portugal, que resultaram em rumos diversos na construção do direito, em especial do privado. Desse modo, o direito brasileiro foi menos influenciado pelas inovações liberais, mais ligado às traduções portuguesas e menos suscetível de influências estrangeiras na construção jurídica, o que resultou numa ideologia conservadora sobre o Código Civil de 1916, considerado, inclusive, mais atrasado que o português promulgado 50 anos antes<sup>20</sup>.

No plano constitucional, o direito de propriedade brasileiro reconhece um tratamento que permite a sua concentração de forma desigual, como resultado do regime de sesmarias e o processo aleatório de distribuição dos títulos pela Coroa Portuguesa, o que se refletiu na elaboração dos textos das Constituições de 1824 e 1891, que conceberam a propriedade em sua plenitude, influenciada pelas cartas magnas norte-americanas (1787) e francesa (1789), até a disciplina infraconstitucional da Lei de Terras (1850) e do Código Civil de 1916<sup>21</sup>.

Neste contexto, a Carta Constitucional de 1824 dispôs sobre o direito de propriedade, no seu art. 179, no Título 8º (Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros), da seguinte forma: “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.” Doravante, complementando o *caput*, o inciso XXII estabeleceu que: “É 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 indenizado do valor

<sup>18</sup> CRUZ, G. B. DA. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 50, p. 32-77, 1 jan. 1955.

<sup>19</sup> CRUZ, G. B. DA. Op. Cit.

<sup>20</sup> CRUZ, G. B. DA. Op. Cit.

<sup>21</sup> ASSIS, L. G. B. DE. A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 781-791, 1 jan. 2008.

della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.”

Este foi, basicamente, o mesmo tratamento dispensado pela Constituição de 1891, que também assegurou a inviolabilidade do direito de propriedade (art. 72) que, por sua vez, foi complementado com a possibilidade de desapropriação, nos termos do § 17: “O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. [...]”

No momento da codificação civil de 1916, imperava a compreensão de que, no Estado Liberal, o direito privado, tido de forma completamente apartada do direito público, corresponde à uma centralidade jurídica, expressada através de um Código, entendido como completo e autossuficiente, fundado na previsibilidade, capaz de ser posicionado acima da própria Constituição<sup>22</sup>, fundada numa ótica individualista, visto que a propriedade é o reflexo de um modelo de sociedade<sup>23</sup>, representava uma conquista contra as opressões do feudalismo, o que possibilitou a noção de propriedade como direito absoluto, além de fundamento para as relações jurídicas<sup>24</sup>.

Nesse sentido, o Código Civil de 1916, adequou-se ao momento histórico-social em que foi inserido, no Brasil, concebendo a propriedade de forma unitária, ilimitada, exclusiva e absoluta, capaz de sobrepor o mercado à pessoa, demonstrando uma maior valorização dos direitos patrimoniais aos existenciais, em que pese este modelo já ser alvo de críticas na Europa dadas as nuances sociais e econômicas que este continente já conheceu neste momento<sup>25</sup>.

Ademais, ressalte-se que, no momento da codificação, a sociedade brasileira registrava uma contradição político-econômica que não verificava em outros países europeus, em que a burguesia já havia sepultado o regime feudal,

<sup>22</sup> RODRIGUES; CABRAL. Op. Cit.

<sup>23</sup> Eroulths Cortiano Júnior CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro-São Paulo: renovar, 2002.

<sup>24</sup> RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; CABRAL, Gustavo César Machado. O direito das coisas entre os dois códigos civis brasileiros: do individualismo à centralidade da pessoa. **Revista IHGB**, v. 473, p. 519-544, jan-mar. de 2017.

<sup>25</sup> RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; CABRAL, Gustavo César Machado. O direito das coisas entre os dois códigos civis brasileiros: do individualismo à centralidade da pessoa. **Revista IHGB**, v. 473, p. 519-544, jan-mar. de 2017.

que foi a composição da burguesia comercial com os fazendeiros conservadores, o que fez com que o direito brasileiro conciliasse os ideais burgueses e liberais com a mentalidade medieval, defendida pelo coronelismo, então dominante, como ensina Orlando Gomes:

A classe média, que o preparou por seus juristas, embora forcejasse por lhe imprimir um cunho liberal e progressista, estava presa aos interesses dos fazendeiros, que, embora coincidentes imediatamente com os da burguesia, não toleravam certas ousadias. Numerosas e concludentes são as provas de que o pensamento dominante na elaboração do Código Civil sofreu a influência desse desajustamento interno entre os interesses da classe dominante.<sup>26</sup>

Doravante, como reflexo desta visão patrimonialista do direito civil, o texto legal vigente trouxe inúmeros dispositivos que expressavam claramente a noção individualista e pouco social advinda do patrimonialismo liberal, como se observa pelos seguintes dispositivos, dentre os quais, pode-se mencionar os arts. 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” e o art. 527: “O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário.” Estes dispositivos conceberam o direito de propriedade, *a priori*, sem ressalvas sobre a função social<sup>27</sup>, compreendendo a noção anteriormente expostas de plenitude do referido direito.

Este posicionamento foi, posteriormente, justificado por Clóvis Beviláqua, ao dispor que a redação dada ao art. 524 do código civil não correspondia ao projeto original, porém, prevaleceu a supramencionada que prestigiou o

---

<sup>26</sup> GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 31”

<sup>27</sup> Esta rejeição à ideia de função social não decorreu por ignorância, mas por discordância, como ressalta Orlando Gomes (Op. Cit, 2006, p. 37): “Beviláqua assumia, de modo nítido e firme, uma posição categórica contra as inovações de fundo social que se infiltravam, desde então, na legislação dos povos mais adiantados. Estava convencido de que as ‘novas formações’ não possuíam substantividade, não se devendo lhes injetar seiva, para que se não processasse uma intervenção funesta na economia da vida social. Conhecia, portanto, o movimento incipiente de revisão do Direito privado, mas as condições sociais do país, o seu atraso econômico e a distribuição de sua riqueza não ensejavam a sua assimilação. Por mais esclarecido que fosse o seu pensamento de professor de legislação comparada, não seria possível superar as limitações do meio, até porque, se o fizesse, se colocaria numa posição falsa e perigosa”.

posicionamento romanista, na qual se buscou um equilíbrio entre a ordem social e o interesse individual<sup>28</sup>.

Noutras duas passagens, a ideia de ausência de limites é depreendida dos art. 525, quando disciplina que: “É plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada, quando tem ônus real, ou é resolúvel”, o que demonstra que na referida noção de propriedade não é conjugada com a ideia de limite, a menos que se trate de ônus real ou propriedade resolúvel e pelo art. 526, quando estabelece que: “A propriedade do sobre e do sub-solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário impedir trabalhos, que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em obsta-los”, desconsiderando também a existência de limites ao uso do bem.

Ademais, ainda diante da visão centralizadora e patrimonialista do Código Civil de 1916, outras passagens se mostram relevantes, tais como a propriedade sobre a caça, “Pertence ao caçador o animal por ele apreendido. Se o Caçador for no encalço do animal e o tiver ferido, este lhe pertencerá, embora outrem o tenha apreendido” (art. 595) e a pesca “Pertence ao pescador o peixe, que pescar, e o que o arpoado, ou farpado, perseguir, embora outrem o colha” (art. 600), desde que respeitados apenas os regulamentos administrativos, ou a propriedade sobre as nascentes, “O proprietário de fonte não captada, satisfeitas as necessidades de seu consumo, não pode impedir o curso natural das águas pelos prédios inferiores” (Art. 565).

Noutro contexto, referente ao direito de autor, a propriedade sobre o bem e a possibilidade de “desapropriação da obra”, nos termos do art. 660: “A União e os Estados poderão desapropriar por utilidade pública, mediante indenização prévia, qualquer obra publicada, cujo dono a não quiser reeditar” e da “venda da autoria”, nos termos do art. 667: “É suscetível de cessão o direito, que assiste ao autor, de ligar o nome a todos os seus produtos intelectuais.”

Assim, sob a influência dos ideais da Revolução Francesa e do Código Civil francês (Código de Napoleão), o direito civil brasileiro visava estabelecer uma

---

<sup>28</sup> BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das coisas**, vol. I. Brasília: Senado Federal, 2003.

estrutura patrimonial mais adequada aos ideais burgueses e a propriedade privada dos meios de produção, de modo que a sua concepção foi o reflexo da proteção do novo sistema vigente em oposição ao regime feudal ora em crise<sup>29</sup>.

Posteriormente, porém, esta mistura de visão liberal com feudal, ambas contempladas pelo Código Civil de 1916 começaram a sofrer com as transformações sociais e econômicas advindas com a expansão do capitalismo pelo mundo. Destarte, este conteúdo já se mostrou obsoleto poucos anos depois, quando o pensamento liberal passou a ser questionado e as legislações sociais ganharam força, retirando do Código Civil a sua centralidade, o que resultou na construção de diversos mecanismos independentes com abordagens e disciplinas próprias.

Neste contexto, a Constituição de 1934 já trouxe uma abordagem social, de acordo com as Constituições sociais emergentes naquele período, tais como a mexicana (1917) e a alemã (1919), com uma conseqüente ruptura com o Estado Liberal da Carta Magna anterior (1891), a fim de dispor que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social<sup>30</sup>.

A mudança de proposição da propriedade, com o advento da Constituição de 1934, representou uma alteração na compreensão anterior do direito de propriedade, de modo que Clóvis Bevilacqua afirmou que “Deante dessas prescrições de tendência socialista, corrobora-se a afirmação de que a propriedade não é direito absoluto e ilimitado [...]”<sup>31</sup>. Sendo assim, o posicionamento anterior que conferia maior liberdade ao exercício do direito de propriedade já não encontrava amparo no direito brasileiro, a partir de 1934, o que representou uma nova perspectiva para o instituto.

---

<sup>29</sup> STEFANIAK, Jeaneth Nunes. Propriedade Privada e as teorias de justiça. In: **XIX Conpedi - Conselho Nacional de Pesquisa em Direito**, 2010, Fortaleza - CE. Direitos fundamentais e transdisciplinariedade. Florianópolis - SC: Fundação Boiteaux, 2010. v. 1. p. 6331-6341.

<sup>30</sup> O direito constitucional de propriedade foi assegurado pela Constituição de 1934, no art. 113, integrante ao Capítulo II (Dos direitos e das garantias individuais), que assim dispõe: “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”. Doravante, complementando esta disposição: 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.”

<sup>31</sup> BEVILACQUA, Clóvis. Op. Cit.

Nesse sentido, percebe-se que o direito brasileiro se preocupou ao longo dos anos, a princípio no plano constitucional, em estabelecer um regramento que adequasse o direito de propriedade ao seu uso de acordo com o interesse social, ou seja, a propriedade deve ser usada de uma forma considerada não nociva às relações sociais, como explica Pontes de Miranda:

1. *Configuração e limitação*. Todo direito subjetivo é linha que se lança em certa direção. Até onde pode ir, onde não pode ir, previsto pela lei, o seu conteúdo ou seu exercício, dizem-no as regras limitativas, que são regras que *configuram*, que traçam a estrutura dos direitos e da sua exercitação. O conteúdo dessas regras são as *limitações*. Aqui principalmente nos interessam as limitações ao conteúdo. O domínio não é ilimitável. A lei mesma estabelece limitações. Nem é irrestringível. A lei contém regras dispositivas de restrição e os negócios jurídicos podem restringi-lo. As mais características das restrições são as restrições reais, ditas *servidões*. Outras apenas concernem ao exercício.<sup>32</sup>

Ademais, apesar da legislação civil não ter sofrido alteração, os dispositivos passaram a ser interpretado à luz da noção de abuso de direito de propriedade, com a perspectiva da publicização das normas privadas, e de uso racional do direito, como se observa na abordagem de Pontes de Miranda (2001, p. 40-41), sobre a extensão da propriedade:

3. *Expansão espacial da propriedade*. Quanto à propriedade imobiliária, compreende ela, na direção vertical, o espaço aéreo e o subsolo, mas a ilimitação é *relativa*: o direito à exclusão das intromissões dos outros na propriedade sofre limitações, tais como quanto às intromissões que dizem respeito à passagem de aeronaves e os outros instrumentos de remessa pelo ar, ou de sondagem, pois que não há interesse em nas proibir o proprietário, e estão reguladas por leis de direito público, e às intromissões decorrentes da legislação sobre a caça, pesca e minas. No Código Civil suíço. O art. 667 aludiu ao que é útil, de modo que se cria limite na utilização, no interesse (*soweit ein Interesse besteht*); mas esse pragmatismo, no tocante ao conceito, é de repelir-se (J. Kohler, Lehrbuch, I, 173, mostrou o erro de tal teoria). O interesse do proprietário não há de entrar a formulação da regra jurídica sobre o solo e o subsolo,

<sup>32</sup> PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado, Tomo 11**: Direito das coisas: propriedade. Aquisição da propriedade imobiliária. [Atualizado por Vilson Rodrigues Alves]. Campinas: Bookseller, 2001, p. 48.

porque tal interesse pode ser no futuro, e pode só fugir no futuro. Em todo caso, se o interesse nunca surgir, é de entender-se que não vai até aí a tutela jurídica; por exemplo: se a cavidade que passa no subsolo, a mil metros, ou no subterrâneo, de cuja permanência nenhum perigo pode resultar, o proprietário não pode ir fechá-la, ou desviar as águas, porque não há interesse no ato e pode isso prejudicar os vizinhos ou outros proprietários de terrenos situados adiante (com outro fundamento, e a mesma conclusão, Martom Wolff, Lehrbuch, III, 155, que frisa não haver interesse de *proprietário*). Em se tratando de passagens de trens ou estradas de rodagem subterrâneas, o proprietário pode proibir que se abra túnel, por baixo do seu terreno, se há, nisso, perigo de desabamento, corte de águas, ou, em geral, seja incômodo [...]

Doravante, o posicionamento de maior limitação ao direito de propriedade veio a ser complementado pela Constituição de 1946 que inseriu, no direito brasileiro, a ideia de função social da propriedade, ao prescrever no seu art. 147 que: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.”

Doravante, contemplando este processo evolutivo do direito de propriedade ao longo do século XX, a Constituição de 1967<sup>33</sup>, encerrando o período anterior à Constituição Federal de 1988, estabelece a propriedade como direito fundamental (art. 150), sujeito à desapropriação (§22) e à função social (inciso III, do art. 157).

Esta Carta Magna, apesar de ter sido constituída num período de restrição de direitos no país, trouxe uma estrutura jurídica ao direito de propriedade muito próxima daquela que veio a ser consagrada na Constituição Federal de 1988 que estabeleceu novas perspectivas para o direito de propriedade no Brasil que,

---

<sup>33</sup> De acordo com os dispositivos mencionados sobre o direito de propriedade, no Capítulo IV, referente aos “Direitos e garantias individuais”, tem-se que: “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 de 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.” Por oportuno, no Título III, “Da Ordem Econômica e Social”, o art. 157 prevê que: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] III função social da propriedade;”

posteriormente, veio a ser complementada pelo Código Civil de 2002, como se verá adiante.

## 2 A PROPRIEDADE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Seguindo a tradição constitucional brasileira, o direito de propriedade encontra previsão no inciso XXII, do art. 5º, do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), do Capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos), da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “é garantido o direito de propriedade.” Doravante, concebe-se ao mesmo uma perspectiva mais ampla que o tratamento exclusivamente na seara civil<sup>34</sup> e privatista.

Com efeito, a inserção constitucional, encerra dois sentidos à propriedade, primeiro, que ela, atualmente, envolve questões mais complexas, abrangendo diversos ramos do direito como o constitucional, o administrativo, o civil, o comercial etc., segundo, o instituto da propriedade não deverá ser analisado sob uma perspectiva eminentemente patrimonialista e voltada a atender os anseios de um único indivíduo, como feito preteritamente, mas sim, destinada a atender aos padrões estabelecidos pela própria sociedade.

Nesse sentido, a entrada a Constituição Federal de 1988 trouxe uma significativa modificação no direito de propriedade brasileiro uma vez que, apesar de não trazer grandes alterações sob seu textual, em relação a anterior, no que se refere ao seu aspecto interpretativo e sistemático, a nova Carta Magna representou uma mudança de rumo sobre a hermenêutica da propriedade, primeiro, por ser conjugada juntamente com o Código Civil no momento da aplicação do Direito, o que atingiu a centralidade codificadora, prevalecente até então, e, segundo, por trazer não somente regras, mas também princípios e valores que passaram a permear o entendimento estabelecidos pela norma.

---

<sup>34</sup> SILVA, 2005, p. 276). SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Desse modo, sob o ponto de vista metodológico interpretativo deste Direito Civil, Gustavo Tepedino<sup>35</sup> traz a leitura sob a ótica constitucional, considerando que o ordenamento jurídico não se resume ao direito positivo, de modo que os princípios e valores constitucionais devem ser observados e que o ordenamento jurídico deve ser compreendido como um todo orgânico. Sendo assim, a aplicação jurídica deve ser um momento de conjugação das fontes normativas com os princípios e valores envolvidos, como se observa pela lição do referido autor:

O sistema jurídico, bem ao contrário, há fazer convergir a atividade interpretativa e legislativa na aplicação do direito, sendo aberto justamente para que se possa nele incluir todos os vetores condicionantes da sociedade, inclusive aqueles que atuam na cultura dos magistrados, na construção da solução para o caso concreto. A pluralidade de fontes normativas, pois não pode significar perda do fundamento unitário do ordenamento, devendo sua harmonização se operar de acordo com a Constituição, que o recompõe, conferindo-lhe, assim, a natureza de sistema. Ou seja, a pluralidade de núcleos legislativos deve conviver harmonicamente com a noção de unidade de ordenamento. Assim, chega-se à noção de ordenamento não como repositório de normas jurídicas, mas como conjunto de ordenamentos dos casos concretos, para cuja construção o intérprete levará em conta os elementos condicionantes dos fatos e das normas jurídicas conjuntamente interpretadas em cada conflito de interesses. Daí a importância atual da argumentação jurídica, a qual não se repete, por isso mesmo, entre dois casos concretos (sendo sempre singular e indispensável para a legitimidade desta fusão de culturas e de compreensões de mundo operada pelo magistrado na decisão judicial). E tendo em vista a unidade indispensável à própria existência do ordenamento, a interpretação deste processo complexo há de ser feita, necessariamente – convém insistir –, à luz dos princípios emanados pela Constituição da República, que centraliza hierarquicamente os valores prevalentes no sistema jurídico, devendo as normas, por isso mesmo, incidir diretamente nas relações privadas.<sup>36</sup>

Embora pareça uma consequência natural da estrutura normativa hierárquica, com o direito civil sendo interpretado à luz da Constituição, esta prática nem sempre fora observada nos ordenamentos jurídicos, seja porque

---

<sup>35</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**, tomo III. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2009.

<sup>36</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**, tomo III. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2009, p. 11-12.

algumas cartas constitucionais não traziam princípios, regras e valores que deveriam conduzir as normas inferiores, seja porque estas normas inferiores, desprovida de apego aos valores constitucionais, representavam normas específicas que, pela regra de hermenêutica, prevaleceria sobre as normas de caráter geral, o que, de acordo com a perspectiva atual, passou a representar uma interpretação invertida, de baixo para cima<sup>37</sup>.

Nessa toada, a perspectiva constitucional trouxe uma nova metodologia para o direito privado, reestruturando seus conceitos, seu epicentro, que passaria a ser a pessoa humana, através da promoção da dignidade humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, que, aos poucos, assumiu os lugares do patrimonialismo, do individualismo e da autonomia da vontade<sup>38</sup>.

Por conseguinte, como defende Luiz Edson Fachin<sup>39</sup> a Constituição Federal de 1988, ao inserir a proteção da dignidade humana, impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, para colocar como o fim último do direito a proteção à pessoa humana, na busca pelo seu pleno desenvolvimento. Esta nova perspectiva não foi inteiramente seguida pelo Código Civil seguinte, que foi redigido antes mesmo que a Carta Magna de 1988, porém, deve se submeter a esta, dada a sua supremacia de regras e princípios sobre os demais diplomas legais.

Trata-se, pois, de uma mudança mais profunda que a mera revisão textual, uma vez que a Constituição Federal de 1988 não representou apenas uma nova norma jurídica, mas um novo ambiente para o desenvolvimento dos institutos jurídicos. Com efeito, no dizer de Paulo Grossi, antes de ser paisagens são mentalidades, pois refletem os valores circulantes em momento e local da história, estando tanto ligada a uma visão de mundo, quanto a uma ideologia<sup>40</sup>.

Esta mudança de paradigma hermenêutico e axiológico do direito, em especial do direito privado, aliado ao processo de descentralização e de redução das fronteiras do público e do privado, fizeram com que o Código Civil de 1916 se

---

<sup>37</sup> TEPEDINO, Gustavo. Op. Cit.

<sup>38</sup> TEPEDINO, Gustavo. Op. Cit.

<sup>39</sup> FACHIN, Luiz Edson. Op. Cit.

<sup>40</sup> GROSSI, Paulo. **História da propriedade e outros ensaios**. [Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca]. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

mostrasse bastante ultrapassado, com muitas normas se tornando inaplicáveis por violação direta ou indireta das normas constitucionais, o que restringiu consideravelmente o seu alcance normativo ao longo dos anos em que conviveu com a Constituição Federal de 1988.

Doravante, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a propriedade privada como uma garantia fundamental e um dos princípios da ordem econômica, estabeleceu limites gerais à sua utilização, e ainda reconheceu algumas das propriedades contempladas pela proteção constitucional. A Constituição, então, trouxe o conceito aberto de propriedade. Uma nova roupagem, já que ela passa a ser concebida com os valores constitucionais.

### **3 A PROPRIEDADE NO CONTEXTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

A partir da edição da Constituição Federal de 1988, os direitos referentes à propriedade, que se encontravam disciplinados, principalmente, pelo Código Civil de 1916, já se mostravam anacrônicos, de modo que a modificação do sistema regulador das relações reais privadas exigia uma renovação.

Assim, com a edição do Código Civil de 2002, o direito de propriedade passou por modificações, em especial sobre a percepção que se deveria dar a alguns institutos jurídicos de direito de propriedade, considerando as diversas mudanças ocorridas nos últimos anos e não acompanhada pelo código anterior, para adequá-los tanto à realidade social quanto à realidade constitucional.

Nesse sentido, numa manifestação mais condizente com a proposta do Estado Social, limitando o direito de propriedade, o Código Civil de 2002 trouxe dispositivos com menos poder individual ao proprietário, fazendo com que a utilização da propriedade fosse compreendida sob a forma de utilidade dentro de um contexto social. Doravante, no art. 1.228 e os seus cinco parágrafos apresentaram um novo panorama para a propriedade nos seguintes termos:

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

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

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

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Por conseguinte, pode-se notar, na análise deste dispositivo, que a proposta atual de disciplina do direito de propriedade já não coincide com aquela trazida pelo art. 524 do Código Civil de 1916, uma vez que, em conformidade com a crítica, coloca-se a propriedade sujeita ao uso adequado do bem, que, ao final, recai na noção de função social da propriedade. Isso se deve ao fato de que o vetusto dispositivo apresentava a preocupação apenas com os poderes do proprietário, sem se preocupar com o seu aspecto funcional<sup>41</sup>.

Desse modo, como inovações legislativas deste artigo face ao anterior, pode-se apontar a busca pelo respeito ao meio ambiente (§1º), exigência expressa do comportamento não abusivo do titular da propriedade (§2º) e a possibilidade de se privar o titular de área extensa de terra pode decisão judicial em prol de um número considerável de pessoas (§4º).

Nesse diapasão, assim como o art. 1.228 do Código Civil vigente, os demais, em comparação com o código anterior, nota-se um condicionamento da propriedade à sua utilização em conformidade com o interesse social, o que limita

---

<sup>41</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**, tomo I. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2004.

o seu exercício, como se observa pela redação do art. 1.229, nos seguintes termos: “A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.”

Desse modo, nota-se que, recentemente, o tratamento foi diverso ao dado pelo anterior art. 526 do CC/1916, quando não se fazia maiores ressalvas aos limites verticais, senão aqueles decorrentes da sua possibilidade física. De fato, a redação atual já traz consigo a ideia de utilidade pelo seu titular, de modo que a extensão do bem não se mostra ilimitada, assim como a sua defesa.

No artigo seguinte, outra restrição é feita ao exercício do direito de propriedade, de modo que “A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais” (art. 1.230), o que, mais uma vez, restringe a amplitude vertical do bem, para lhe dar adequação ao ditame constitucional, que expressamente reconhece estes como bens da união (art. 176).

Por fim, nos artigos 1.231 e 1.232 também está sinalizado que não há um padrão ilimitado sobre determinado bem, de modo que os dispositivos apresentam ressalvas ao exercício do direito de propriedade. Com efeito, o primeiro, estabelece que “A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”, de modo que deixa claro a existência de prova em contrário capaz de retirar a exclusividade e a plenitude; ao passo que o segundo dispõe que “Os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem”, o que deixa em aberto a possibilidade de que determinado fruto não venha a pertencer ao proprietário, não sendo, pois, uma resposta a ser dada *a priori*.

Sendo assim, o direito brasileiro, ao dispor sobre propriedade, trouxe uma série de limitações ao seu exercício, a fim de que o mesmo seja exercido dentro dos moldes constitucionais, que abrigam o interesse público e evitem o uso abusivo do direito, com a sua conseqüente nocividade econômica e social.

A propriedade, assim, insere-se no contexto social e deve refletir os anseios de seu tempo. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a

propriedade está imersa num ambiente de valorização do ser humano, em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, e voltada ao propósito de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Além disso, a propriedade, em si, precisa apresentar um conceito aberto, pois as transformações sociais e econômicas constantes impõe mudanças sobre aquilo que pode ser objeto de apropriação e de perda de propriedade, de modo que o Direito precisa acompanhar este movimento, a fim de se assegurar tanto o direito de propriedade, quanto à livre iniciativa.

Portanto, as transformações sociais que ocorrem no curto espaço de tempo, na atualidade, obrigam o Direito a uma constante releitura sobre seus institutos, em especial, sobre a propriedade, que precisa se adequar às inúmeras manifestações sobre o que pode vir a ser apropriável ou não pelo homem. Da mesma forma, é preciso se entender que os bens passíveis de apropriação devem estar adequados aos propósitos de cada tempo, a fim de que atendem aos interesses sociais.

Nesse sentido, a compreensão do uso da propriedade, ao longo do século XX, em especial, a partir da Constituição Federal de 1988, representou uma nova compreensão deste direito, sobretudo, por uma busca mais efetiva do uso em conformidade com a função social e a dignidade humana, o que promoveu uma ampliação do próprio conceito de propriedade. Esta, no dizer de Gustavo Tepedino, não teve o seu conteúdo reduzido por força da função social, mas sim ampliado, haja vista que passou a atender a interesses maiores<sup>42</sup>.

## CONCLUSÕES

Apesar do conteúdo do direito de propriedade estar assaz consolidado ao longo dos anos no direito civil, este conteúdo, como transmitido pela doutrina civilista, atualmente, não se encontra embasado numa reflexão mais profunda

---

<sup>42</sup> TEPEDINO, Gustavo. Op. Cit, 2004.

sobre o fenômeno da apropriação e sobre aquilo que vem a ser considerado propriedade pelo Direito.

Nesse diapasão, muitos manuais não trabalham a construção da própria ideia de propriedade, de modo que o debate jurídico se concentra apenas numa perspectiva funcional, voltada apenas para os poderes do proprietário, sem exercer uma reflexão necessária sobre a razão de ser da tutela, uma vez que para existir o direito de propriedade, deve-se existir e reconhecer tanto a propriedade quanto o próprio processo de apropriação.

Desse modo, antes de se abordar o direito de propriedade como o *direito de usar, gozar, dispor e reivindicar* algo, como se verifica no Código Civil, deve-se pensar que se trata de um direito que surge de um poder existente de alguém sobre a coisa, e esta, por sua vez, deve ser compreendida num contexto histórico e político. Com efeito, o fenômeno da apropriação acompanha o homem ao longo da história, porém, não se mostra linear desde a antiguidade até a contemporaneidade, pois este processo histórico é marcado por anseios diferentes de cada momento.

Nos últimos séculos, por exemplo, a propriedade foi deixando de apresentar uma satisfação meramente individual e egoística, como idealizada pela burguesia revolucionária, no século XVIII, para se tornar um bem voltado para o atendimento de interesses sociais, que transcendem o desejo individual de seu titular. Doravante, a propriedade deve ser compreendida como um conceito político, cuja extensão dos seus limites são traçados pela própria tecitura constitucional, pois, ao se reconhecer a propriedade, o Estado deposita nela uma finalidade a ser alcançada.

Desse modo, a compreensão de uma propriedade mais limitada ou abrangente, no que se refere aos poderes a serem exercidos pelos seus titulares, vai mudando de acordo com as perspectivas histórico-políticas de cada sociedade, em cada momento, para fazer com que o seu conteúdo seja adequado àquilo que se projeta sobre o papel do ser proprietário, consoante se encontra traçado pela Constituição Federal de 1988.

Logo, ao se pensar em propriedade, para além de um conceito abstrato e vago, é necessário se pensar num instituto jurídico que deve se adequar aos padrões constitucionais, a fim de que venha a atender aos valores sociais traçados

pela Carta Magna, tais como a promoção da dignidade humana, e formação de uma sociedade livre, justa e solidária, a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A propriedade constitucional, assim, está além de uma concepção tradicional de propriedade privada, que abriga a simples noção de um bem tutelável e um poder a um titular sobre este bem. A propriedade constitucional, na atualidade, não se limita a estabelecer os limites do Estado sobre o que é privado, como já fez em outros momentos, mas, moldar a relação real existente sobre o bem, a partir da compreensão de que este bem apropriável está sujeito ao atendimento de valores constitucionais, que estabelecerão a finalidade da proteção, para guiar os intérpretes e nortear qualquer conflito existente sobre o domínio.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, José de. **A propriedade**. Brasília: Senado Federal, 2004.

ASSIS, L. G. B. DE. A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 781-791, 1 jan. 2008.

BESSONE, Darcy. **Direitos reais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das coisas**, vol. I. Brasília: Senado Federal, 2003.

BEZERRA, Matheus Ferreira. O direito de propriedade como direito à propriedade: uma análise à luz dos princípios constitucionais vigentes. In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2009, Maringá. **Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. v. 1 CD. p. 7217-7233.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro-São Paulo: renovar, 2002.

CRUZ, G. B. DA. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 50, p. 32-77, 1 jan. 1955.

DARDOT; Pierre; LAVAL, Christian. Propriedade, apropriação social e instituição comum. [Tradução: Naira Pinheiro dos Santos]. **Tempo Social: Revista de Sociologia da USP**, v. 27, n. 1. São Paulo, jun. 2015, pp. 261-273.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões de direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 3ª ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense, 1969.

\_\_\_\_\_. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GROSSI, Paulo. **História da propriedade e outros ensaios**. [Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca]. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: coisas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. [Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa]. Petrópolis-RJ: Vozes, 1994.

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

MACKAAY, Eja; ROUSSEAU, Stépahne. **Análise econômica do direito**. [Trad. Rachel Sztajn]. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PAUPÉRIO, A. Machado. A concepção cristã da propriedade e a sua função social. **Revista de informação legislativa**, ano 24, n. 93, p. 213-228, set. 1987.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, vol. V**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado, Tomo 11: Direito das coisas: propriedade. Aquisição da propriedade imobiliária**. [Atualizado por Wilson Rodrigues Alves]. Campinas: Bookseller, 2001.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; CABRAL, Gustavo César Machado. O direito das coisas entre os dois códigos civis brasileiros: do individualismo à centralidade da pessoa. **Revista IHGB**, v. 473, p. 519-544, jan-mar. de 2017.

RUGGIERO, Roberto. **Instituições do direito civil**. [Tradução da 6ª ed. italiana Paolo Capitanio]. Campinas: Bookseller, 1999.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEFANIAK, Jeaneth Nunes. Propriedade Privada e as teorias de justiça. In: XIX Conpedi - Conselho Nacional de Pesquisa em Direito, 2010, Fortaleza - CE. Direitos fundamentais e transdisciplinariedade. Florianópolis - SC: Fundação Boiteaux, 2010. v. 1. p. 6331-6341.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**, tomo I. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**, tomo III. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2009.

Submetido em: 10/11//2023

Aprovado em: 30/05/2024