

**EDÉSIO FERNANDES**  
Organizador

**Direito  
Urbanístico  
e  
Política Urbana  
no Brasil**

*Del Rey*

**ALGUMAS FORMAS DIFERENTES  
DE SE PENSAR E DE RECONSTRUIR  
O DIREITO DE PROPRIEDADE  
E OS DIREITOS DE POSSE  
NOS “PAÍSES NOVOS”**

*Sonia Rabello de Castro*

**1. INTRODUÇÃO**

A quantidade de informações que hoje se tem acumulado, em qualquer área do conhecimento, associada ao fenômeno da globalização, que se reflete tanto na velocidade, quanto na disponibilidade de acesso a um sem-número de dados, vindos de todas as partes, dificulta a tentativa de análise simplificada a respeito de qualquer tema.

Na área do Direito não estamos livres deste complicador, mesmo sabendo que, ao menos em tese, cada país tem um sistema jurídico próprio, supostamente diferenciado dos demais países. Porém, desde logo podemos negar esta pseudo-diferenciação, já que, como veremos, a influência de determinadas culturas jurídicas são extremamente fortes, e marcantes, na construção de sistemas jurídicos de outros países.

Desta forma, nestes países nos quais a estrutura jurídica não nasceu, exclusivamente, a partir de suas próprias tradi-

ções, faz-se necessário para compreensão do “seu Direito” o estudo de institutos e categorias jurídicas que foram concebidas em sociedades distintas daquelas para onde o sistema jurídico foi transportado. É preciso, ainda, atentar para a forma pela qual estas categorias e institutos jurídicos foram apropriados localmente.

No que se refere à categoria jurídica Direito de Propriedade, a transposição transatlântica do direito europeu para o Brasil é uma realidade. Sua apropriação, pelo direito nacional, desconsiderou as nossas tradições culturais, sociais, econômicas, políticas, muito diversas daquelas européias.

Nesta transposição para o Brasil, do Direito de Propriedade europeu, veremos que, por conveniência de poder, o discurso jurídico brasileiro – lei e doutrina – é aparentemente assemelhado, porém, têm práxis diversa. Ele, por vezes, não engloba alguns pontos que fazem diferença em situações práticas fundamentais, ou os aspectos que lhe atualizam a ideologia, ou mesmo outras interfaces com direitos novos, que lhe amenizam a aplicação, como é o caso do Direito Urbanístico em relação à propriedade urbana.

É nossa intenção abordar neste trabalho alguns aspectos do direito brasileiro, concernente à propriedade no Brasil, correlacionando-o às seguintes reflexões:

- a) a existência de um não-conhecimento, e uma não-apreensão jurídico-cultural, adequada e suficiente, do conteúdo do direito de propriedade urbana pela sociedade brasileira e, conseqüentemente, os reflexos negativos ocasionados por esta inacessibilidade cognitiva, por parte da maioria da população;
- b) a questão relativa à definição conceitual do que seja propriedade, e de sua garantia constitucional, bem como as relações com os conceitos de função social, habitação e posse;
- c) dificuldades básicas para reconstrução de um perfil mais adequado e socialmente justo, de um novo direito de propriedade: algumas sugestões para esta reconstrução.



## 2. A COMPLEXIDADE DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Iniciamos nossa proposição com a seguinte premissa: existe uma relação de antagonismo, e de antítese, entre o papel pretendido pelo sistema legal brasileiro, como elemento fundamental de paz social e de Estado de Direito, e a complexidade da construção, e da estruturação normativa deste mesmo sistema legal. Em outras palavras: quanto maior a complexidade do sistema legal brasileiro – aí compreendida não só a complexidade objetiva, mas também aquela subjetivamente apreendida –, maior o distanciamento deste mesmo sistema legal do seu papel de harmonizador da justiça e da paz social, e do alcance da obediência civil (Estado de Direito).

Quando nos referimos à complexidade subjetiva do sistema jurídico brasileiro, estamos dando relevância ao aspecto da eficácia social das normas, alcançável somente quando há uma possibilidade razoável de sua apreensão cognitiva pela sociedade, para a qual ela pretende ser a tradutora de valores.

No caso proposto à discussão, estamos tomando como pressuposto da nossa argumentação o altíssimo grau de incompreensão, e de desconhecimento do sistema jurídico brasileiro por parte da sociedade brasileira, caracterizando-o, portanto, como um sistema de grande complexidade subjetiva.

Qual é a causa originária que corroborou para esta realidade?

O sistema jurídico foi, e continua sendo, formado de regras jurídicas de importação, regras estas para cuja construção, e edição, não há qualquer preocupação maior em traduzir, ou adaptá-las aos padrões de miscigenação cultural próprios de nossa formação étnica.

A estrutura cultural de uma Nação é o principal fator de sua identidade, fator inafastável de possibilidade de cognição social do sistema de valores.<sup>1</sup> Um sistema jurídico construído

---

<sup>1</sup> Só é possível identificar cognitivamente aquilo que é transmitido ou pela educação formal, ou pela informal (pela cultura do grupo a que se pertence). Só aquilo que se conhece, satisfaz os pressupostos psíquicos, que permitem decisões

a partir de referências culturais basicamente alienígenas, e que descarta os valores culturais estruturais formadores desta sociedade, está destinado a funcionar como instrumento de dominação por parte daqueles que detêm seu discurso, ou que tenham condições pessoais, ou econômicas para operá-lo em seu benefício; isto se não houver um sistema eficiente de sua apreensão, e aceitação por meio da educação formal.

Este é fator relevante pelo qual se pretende explicar o porquê do impedimento do acesso à luta, à postulação, e ao exercício de direitos em geral, e em especial ao direito de propriedade, da forma em que ele foi, e ainda é concebido na legislação brasileira.

A exclusão da maioria da sociedade brasileira do conhecimento, e da compreensão cultural de seus direitos, e de sua operacionalização (isto é, busca eficaz), trouxe um rompimento entre o discurso legal do Estado de Direito pretendido e suas reais possibilidades de realização no social.

### **3. AS ORIGENS DA CONSTRUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NO BRASIL E A SUA COMPLEXIDADE SUBJETIVA**

A construção do pensamento jurídico brasileiro, concernente ao direito de propriedade está estruturalmente ligado ao pensamento jurídico europeu. É interessante remarcar que, na sua formulação mais definitiva, feita há quase um século pelo Código Civil brasileiro (1916), houve um abandono de nossas raízes jurídicas portuguesas, bem como de toda tradição consuetudinária praticada pelos grupos étnicos (índio ou negro), formadores da raça brasileira. Buscou-se, essencialmente, a reprodução do pensamento jurídico alemão, bem como do pensamento jurídico francês, materializado no Código de Napoleão.

---

pessoais, de aceitação de regras, ou a formulação de propostas de mudanças destas regras, caso haja rejeição das normas de comportamento.

Naqueles países europeus, cuja legislação nos serviu de modelo, quando houve o movimento de codificação do direito civil no século XVIII e XIX, perseguiu-se caminho diverso. O papel dos costumes, praticado nas várias regiões, foi fator relevante para a conformação do direito codificado, pelo qual se pretendia, justamente, alcançar e moldar a unidade nacional.<sup>2</sup>

No que concerne ao direito de propriedade, a elite brasileira elaboradora do pensamento jurídico do início do século não resistiu à globalização das leis e da doutrina europeia – um sistema normativo, com raízes no direito romano. Ressalte-se que o papel da importação da doutrina, isto é, do pensamento crítico dos juristas sobre a norma, é fator relevante, pois é a doutrina que “lê a lei”; e é por meio dela que se pode reconstruir o Direito, pela “nova” interpretação da mesma regra.<sup>3</sup>

Esta elite jurídica brasileira, reproduzindo uma corrente do pensamento jurídico “científico” do início do século via a regra de direito como norma ideal de conduta, que pairava sobre o fato social.

A este respeito comenta *Orlando Gomes*, jurista brasileiro:

“(…) não obstante, desenvolveu-se, à larga, a propensão da elite letrada para elaborar um Código Civil à sua imagem e semelhança, isto é, de acordo com a representação que, seu idealismo, fazia da sociedade. (...)”

<sup>2</sup> “Sous la catégorie commune d’institutions, Montesquie range aussi bien les lois que les moeurs: le premier problème est celui de leur éventuelle distinction. D’Herodote à Durkheim, en passant par Montaigne, toute une tradition voit dans les coutumes, les moeurs – les *nomoi* grecs – l’indice d’une diversité culturelle, un ensemble qui identifie un peuple une nation et le différencie des autres, sans que, à l’intérieur d’un ensemble, la séparation entre les lois et les moeurs soit pertinente”. In: LARRÈRE, Catherine. *Droits et Moeurs chez Montesquieu*. *Revue des Droits* v. 19, p. 11. Paris: PUF, 1994.

<sup>3</sup> Doutrina corrente que o Direito é maior do que a lei; é a lei aplicada. Daí a importância do pensamento jurídico (doutrina), que propõe e sugere a forma, e a norma ser a adequada de interpretar a lei.



Mas, ainda assim, a alienação constituiu freqüente recurso do legislador para dotar o país de uma legislação que nada ficasse a dever aos Códigos mais modernos. Em várias disposições, é mais uma expressão de idéias do que de realidades.”<sup>4</sup>

Do direito português, em matéria de direito de propriedade, herdamos e mantivemos alguns institutos relativos a bens de domínio público (relativos a águas, terrenos de marinha, terrenos marginais etc.).

Herdamos também, e isto é importante, a tradição de um direito positivo, escrito, como fonte principal do direito; um direito de construção analítica, e muito pouco principiológico.<sup>5</sup> Este aspecto metodológico tem hoje importância, pois de certa forma ele explica a dificuldade de se conseguir reinterpretar o conceito do direito de propriedade, à luz dos novos princípios sociais e de interesse público, introduzidos na Carta Constitucional brasileira.

Do direito português, no que concerne à propriedade privada, não se verificou nem mesmo a continuidade de institutos antigos, já praticados comumente no Brasil, como o das sesmarias, que tinha um forte conteúdo e sentido social. Pelo sistema de sesmarias, prestigiava-se o conceito de propriedade útil, já que esta era distribuída a quem a pudesse tê-la de forma produtiva. A propriedade era concedida sob condição resolutiva; isto significava que o proprietário perderia sua propriedade se, ao final de 5 anos, a ela não tivesse dado, efetivamente, destinação produtiva.

---

<sup>4</sup> GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Salvador: Progresso, 1958 (?), p. 34-35.

<sup>5</sup> Este é aspecto de importância fundamental já que, havendo lei, esta será a fonte principal do direito, segundo o artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. O costume só é aplicado, e tem força cogente, na falta da norma escrita (lei), sendo, portanto fonte de acessoria de Direito. Ora, todas as práticas sociais do direito consuetudinário, oriundas das nossas etnias culturais básicas – sobretudo aquelas relativas ao índio e ao negros – foram desprezadas na construção do direito civil brasileiro, codificado neste século.

Este sistema funcionou no Brasil, por três séculos, e deu a origem às chamadas terras devolutas (terras devolvidas ao rei), que hoje são terras públicas.<sup>6</sup>

Enfim, muito pouco foi aproveitado da nossa tradição jurídica, proveniente da nossa formação étnica. E se isto aconteceu em relação ao direito português, naturalmente seria de se esperar que nada fosse aproveitado, nas codificações, das tradições trazidas pelas etnias negra e indígena. Nosso “novo” direito não se deixou permear pela miscigenação étnica que aconteceu na formação da sociedade brasileira e que, até os dias de hoje, traz consigo os valores mamelucos, mulatos, negros, cafusos e caboclos.

Em resumo: o direito brasileiro não se miscigenou.

Tudo o que for dito em relação à estrutura legal brasileira aplica-se, de certa forma, à maioria dos países latino-americanos de colonização espanhola. Nossos processos de colonização seguiram, basicamente, os mesmos pressupostos ideológicos, políticos, econômicos, sociais e culturais que impulsionaram a ocupação das terras novas nos séculos XV a XVIII. Foram implantadas de estruturas institucionais similares, e um arcabouço jurídico análogo – o europeu – que até hoje permaneceu, sem interação com as tradições autóctones, dos grupos étnicos formadores da estrutura cultural dessas sociedades.

#### 4. REPENSANDO O DIREITO DE PROPRIEDADE E OUTROS CONCEITOS CORRELATOS

Para repensarmos o direito de propriedade, faz-se necessário, primeiramente, tentarmos conceituar o que é propriedade, e o que é o seu direito. Em seqüência, é nossa intenção abordar três conceitos que, ao nosso ver, estão diretamente relacionados com um novo delineamento do conteúdo do direito de propriedade. São eles: a habitação, a posse e a função

---

<sup>6</sup> Sobre o instituto das sesmarias, e das terras em geral no Brasil, até o final do século, recomendamos: CIRNE LIMA, Ruy. *Pequena história territorial do Brasil*. Sesmarias e terras devolutas. Edição Sulina, 1954.



social. Após esta abordagem, faremos nossas sugestões, levando em conta as questões culturais acima referidas.

Dos três conceitos acima, dois deles – habitação e função social – são mencionados na Constituição brasileira. Porém, apenas o conceito de função social é relacionado, no texto constitucional, ao direito de propriedade. Destacamos os dois dispositivos constitucionais que são, no momento, importantes de serem mencionados:

## TÍTULO II

### *Dos Direitos e Garantias Individuais*

#### CAPÍTULO I

##### *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*

**Art. 5.º** 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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

(...)

## 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:

(...)

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Constituição da República Federativa do Brasil – 05.10.1988.

Estes dois dispositivos constitucionais definem a propriedade em seu sentido mais amplo; isto significa dizer que, ao garantir a propriedade privada, e concomitantemente a sua função social, a norma constitucional não está fazendo qualquer distinção quanto a natureza, ou quanto ao objeto do direito de propriedade, podendo portanto ser ele móvel ou imóvel, urbano ou rural, material ou imaterial. De qualquer forma, duas são as conclusões preliminares que se pode inferir: que a norma está garantindo o direito de apropriação privada de bens.

Que este direito de propriedade tem que ter, socialmente, uma função.

Portanto, podemos deduzir que a apropriação privada, por si só, não confere à propriedade qualquer função social, já que os dois conceitos estão referenciados em dispositivos diversos. São dois direitos que tem o mesmo objeto – a propriedade –, mas que são interdependentes. O primeiro direito é o direito individual, o direito de domínio do proprietário, oponível à sociedade. O segundo direito é o coletivo – da sociedade –, oponível ao proprietário, que tem por conteúdo a garantia de que toda propriedade tenha uma função social. E a estes direitos correspondem os respectivos deveres.

Quando se fala em propriedade, geralmente, o pensamento que vem à mente é de que ela está necessariamente materializada em coisas, objetos físicos, materialmente apropriáveis. Porém, seria indevidamente reducionista, no mundo de hoje, imaginar que outros tipos de bens, não materiais, seriam insusceptíveis de serem também consideráveis como propriedade.

A pergunta que se faz, então, é: seria juridicamente plausível considerar os bens imateriais (i. e.: os direitos) como patrimônio, sem estarem eles incluídos no conceito de propriedade?

Uma resposta positiva a esta pergunta levaria ao absurdo de se admitir que a Constituição, ao garantir o direito de propriedade, estaria protegendo apenas parte do patrimônio do cidadão, tão-somente uma categoria de bens: os bens materiais, excluindo da proteção constitucional, os direitos – bens imateriais que podem ter, no entanto, expressivo valor patrimonial.

A resposta que mais nos parece adequada à questão é, portanto, a de que a Constituição, ao garantir o direito de propriedade, estava se referindo ao conceito patrimônio do indivíduo – patrimônio este composto de bens, materiais (coisas) e imateriais (direitos).<sup>8</sup> Essa é uma dedução que, além de sua razoabilidade fática, tem respaldo em uma leitura mais sistemática do Código Civil brasileiro. Este, na sua parte geral, ao dispor sobre “bens”, inclui na classificação de bens móveis, tanto as coisas materiais (*res*), como os direitos, reais ou pessoais (legalmente equiparados às coisas móveis).<sup>9</sup>

Ainda um aspecto corrobora com este posicionamento. É que a legislação brasileira ao prever a perda da propriedade para o Estado, por meio da desapropriação (art. 5.º, inc. XXIV, da CF) estabelece que os objetos a serem desapropriados são os “bens”,<sup>10</sup> isto é, coisas ou direitos.

A questão de definição de conceitos é assunto que está na pauta da discussão sobre hermenêutica constitucional. No caso em discussão, o que se quer buscar é o significado e o conteúdo da palavra propriedade. Sua conotação pode ter, na verdade, um sentido mais plural; pode significar tanto o domínio sobre uma coisa (móvel ou imóvel), como também querer referir-se à titularidade sobre um bem, ou seja, ter a propriedade de um direito. De uma forma ou de outra, o que se propõe é ampliar os espaços e os atores legitimados à interpretação da Constituição, por meio da participação dos vários setores da sociedade, na construção de seus conceitos.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> “(...) parece melhor fundamentada a opinião dos que o consideram (patrimônio) o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico (...)” In: BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, p. 167.

<sup>9</sup> Código Civil brasileiro, artigos 47 e 48.

<sup>10</sup> **Art. 2.º** Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados, pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. Lei Federal de Desapropriações n. 3.365 de 1941.

<sup>11</sup> “Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...)



Deste modo, não vemos como deixar de considerar que o conceito constitucional de propriedade tem conteúdo abrangente, englobando coisas e direitos.

Assim, se o conceito de propriedade é amplo, deve-se questionar qual é o conteúdo do direito.

É necessário que se busque um conteúdo para o direito, que seja comum, e adaptável à diversidade tipológica do seu objeto. A definição deste núcleo comum do direito é necessário, ao nosso ver, para garantir eficácia e proteção ao seu exercício.

Para ser comum, e abranger os vários tipos de propriedade, seu núcleo pode não ser o máximo possível do exercício do direito, mas o seu mínimo. E este conteúdo comum, ao nosso ver se expressa na da apropriação privada do bem, por meio do seu pertencimento exclusivo.

A quase totalidade dos juristas brasileiros, bem como a jurisprudência pátria inclui, neste conteúdo mínimo, a expressão econômica da propriedade. Porém, esta é questão relevante para discussão, já que o valor econômico não é elemento intrínseco à anatomia de coisa alguma, mas fator que a ela se agrega, em função de exterioridades socioeconômicas. Ora, como poderia o direito garantir valores econômicos agregados às coisas, por fatores sociais externos e mutáveis?<sup>12</sup>

Em função do exposto temos que a propriedade é o objeto, coisa ou direito, sobre o qual o indivíduo exerce seu direito de domínio. Este direito de domínio se expressa no poder exclusivo do indivíduo sobre o objeto que, no entanto,

---

representam forças produtivas de interpretação; eles são intérpretes constitucionais em sentido lato”. In: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

<sup>12</sup> “(...) ainda que os bens econômicos tenham um elemento individual, pois nele os indivíduos encontram satisfações de necessidades suas, são sempre, como Aristóteles notara, exteriores ao sujeito (...)”. In: BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, p. 163.

traduzir-se-á em formas diversas de exercício, conforme a tipologia e a natureza da propriedade.<sup>13</sup>

O que nos parece fundamental assinalar, por todo o exposto, é que o direito de propriedade garantido na Constituição não é, tão-somente, a proteção aos direitos reais, mas a proteção ao patrimônio individual, no seu conceito amplo de *bens* – igualmente, coisas e direitos; não só do direito do proprietário do imóvel, mas também dos bens dos titulares de direitos reais ou obrigacionais, derivados de qualquer relação jurídica. Estes direitos, enquanto bens patrimoniais, devem ser objeto da mesma proteção constitucional.

Assim, entendemos que não se deve tratar como sinônimos o termo Propriedade, contido na Constituição nos artigos acima referidos, com o termo propriedade, tratado no artigo 524 e seguintes do Código Civil. O primeiro é sinônimo de bens patrimoniais, o segundo, contido no primeiro, porém de menor abrangência, significa o direito real de domínio.

Dois aspectos são do interesse de serem apontados. O primeiro é de que há a possibilidade de se dois indivíduos terem direitos sobre o mesmo objeto – e se tem direitos – tem a propriedade destes direitos – e, portanto, a garantia constitucional de sua proteção patrimonial. O segundo aspecto, não menos importante, é de que os direitos, ainda que em princípio exclusivos, certamente não são absolutos ou ilimitados, já que a forma do seu exercício está condicionada aos interesses públicos, a interesses sociais, bem como a outros interesses privados de ordem pública.

Quanto ao primeiro aspecto, se a legislação não previr solução de adaptação da convivência dos dois direitos sobre o

---

<sup>13</sup> O Código Civil brasileiro, no seu artigo 527, ao se referir à propriedade em geral, diz que “O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário”. Não se refere, portanto, ao valor econômico como parte integrante do conteúdo dominial. Quanto ao conceito de ilimitado, vimos que foi derogado pela introdução do condicionamento, constitucionalmente necessário, da propriedade à função social; resta, portanto, o conteúdo da exclusividade, como atributo do domínio.

mesmo objeto, pode haver situações de conflito. O conflito se dará na medida em que não houver clareza dos limites dos direitos que, eventualmente, se sobrepõem um ao outro.

Vale mencionar que é justamente função do Judiciário resolver os conflitos de direito, e de que a palavra conflito não tem por si um pressuposto negativo, já que há conflitos entre direitos efetivamente protegidos.

Cabe à decisão judicial buscar o melhor direito, ou a harmonia entre eles, ou sua convivência. Nem todas as soluções de conflitos positivos de direito podem ter previsão normativa. Daí porque se recorre à principiologia, para buscar aplicação do direito que melhor atenda ao sistema normativo de valores em cada época, e em cada circunstância.

Neste sentido, é que as situações de conflito positivo de direitos são inevitáveis, e até sadias socialmente, já que revelam uma dinâmica maior no equilíbrio de forças e interesses sociais. Assim, não há porque pensar, *a priori*, que são excludentes a existência de direitos diversos, e conflitantes entre si, incidentes sobre um imóvel urbano. Um indivíduo poderia ter o direito dominial real, e outro, o direito possessório de uso — ambos bens patrimoniais, e como tal constitucionalmente tutelados, dentro da fórmula ampla e geral de proteção patrimonial contida no inciso XXV do artigo 5.º da Constituição Federal.

Daí o papel essencial do Judiciário na reconstrução do conteúdo dos direitos e, conseqüentemente, da doutrina, que lhe fornece subsídios do pensamento jurídico em voga.

Se a proteção constitucional ao direito de propriedade não resolve, por si só, como vimos, os eventuais conflitos de direitos individuais podem recair sobre uma mesma propriedade imobiliária, restando, então, examinarmos em que medida os outros conceitos de função social, posse e habitação podem ajudar na solução harmoniosa deste conflito positivo de direito.

## 5. REPENSANDO O CONCEITO DE FUNÇÃO SOCIAL

Tal como a palavra propriedade, a locução *função social* é uma daquelas cujo conteúdo é indeterminado, por si só, mas



determinável em função de fatores que variam no tempo, no espaço, na cultura, e nas regras específicas aplicáveis.

Seria adequado afirmar que hoje, de tal modo, as propriedades se diferenciam, na sua natureza e no seu objeto, que o conteúdo desse conceito – função social – variará em razão desta conformidade. Todas as propriedades terão que atender a função social, inclusive a propriedade de direitos, reais ou não. Não há porque excluí-los desta obrigação social.

Não havendo norma expressa, o conteúdo do conceito de função social, aplicável a cada tipo de propriedade, deverá ser buscado nos princípios que informam a interpretação das regras, e por meio de outras fontes de direito, como a analogia e os costumes.

Porém, em alguns casos, o próprio legislador, no uso de suas competências constitucionais, quererá informar o conteúdo deste conceito, para determinados tipos de propriedade. A norma que diz o que é função social, para determinado tipo de propriedade, estará criando um direito de terceiro (que pode ser toda de coletividade), frente ao titular do direito de propriedade. O conteúdo deste direito está na criação de obrigação de fazer ou não fazer, do titular do direito, em relação à sua propriedade. Neste sentido, a criação de uma norma que estabeleça o conteúdo da função social para determinada situação jurídica não tem o papel tão-somente de conformar o exercício do direito de propriedade, limitando o seu conteúdo. Isto é somente consequência da criação de um direito de terceiro (coletivo ou individual), em relação ao titular do direito.

Queremos acentuar com a colocação acima que as regras que venham circunstancialmente determinar o conteúdo de função social não são necessariamente normas de direito público, restritivas da forma de uso da propriedade, geradoras portanto de direitos públicos subjetivos. No nosso entender, há normas limitadoras do direito de propriedade, criadoras de direitos de terceiros, que não têm natureza de direito público; podem ser normas de interesse social (tais como as normas trabalhistas, ou como as normas de proteção ao consumidor), ou mesmo normas de direito privado, de ordem pública ou

não (tais como os direitos de vizinhança ou normas restritivas de uso nocivo da propriedade).

O que nos interessa analisar, no momento, é a aplicação destes conceitos ao imóvel urbano, aqui tratado como propriedade urbana.

A Constituição brasileira, ao tratar de propriedade urbana, está se referindo à tipologia *propriedade imobiliária*. E, para este tipo de propriedade, diz que a lei do Plano Diretor dará significado ao conceito de função social.

Diz:

**Art. 182.** A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme as 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.

(...)

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

Se a propriedade cumpre a função social, obedecendo as normas urbanísticas, não se pode afirmar que ela ali esgote sua função social. Isto porque a legislação do Plano Diretor, de nível municipal, pertine tão-somente aos interesses públicos, de natureza urbanística. Outros interesses, públicos, sociais, ou privados, também incidentes sobre a propriedade imobiliária urbana, e conformadores da sua função social, não estão no âmbito da competência legislativa municipal. Nem por isso estarão eles desprotegidos do amparo do inciso XXXIII do artigo 5.º da Constituição Federal.

Destarte, outros aspectos da função social da propriedade imobiliária urbana ainda poderão ser buscados em normas de direito, de outros níveis ou de outra natureza, diversa das normas urbanísticas de nível municipal.

É dentro deste último aspecto que incluímos a posse, por meio da habitação, como o direito materializador de uma

função social da propriedade urbana. Não se trata de norma pública de natureza urbanística, mas de norma de direito privado, estruturador e conciliador de interesses privados, incidentes sobre o imóvel urbano.

## 6. POSSE E HABITAÇÃO

Antes de nos adentrarmos ainda mais pela questão possessória, como principal direito de interesse social incidente hoje sobre o imóvel urbano, é necessário fazer algumas considerações sobre a relação destes conceitos com o conceito de habitação.

Tal como os demais conceitos, habitação é uma locução com sentido próprio. Daí porque há de se perguntar qual o significado jurídico que se quer emprestar ao termo, quando nos referimos ao direito à habitação. Em outras palavras: qual o conteúdo e o objeto desta relação jurídica? Quais os seus efeitos jurídicos (eficácia)? Qual o sujeito titular do direito? Em relação a quem é oponível? Quais as tutelas processuais deste direito, e contra quem?

Quando se coloca a locução *direito à habitação* na legislação urbanística municipal como uma das funções do urbanismo, do ponto de vista de eficácia jurídica, este direito, de modo geral, é vazio de conteúdo, porque nenhuma das perguntas acima se encontram respondidas na lei. Torna-se, portanto, mais uma norma programática de investimentos governamentais. É, aliás, como a habitação se apresenta na Constituição brasileira: tão-somente como uma política governamental de fomento.<sup>14</sup>

Sem dar conteúdo jurídico a qualquer direito, definindo o objeto da relação jurídica em sujeitos da relação e efeitos a serem produzidos, podemos dizer que o direito não existe. E assim é, ao nosso ver, o direito à habitação.

---

<sup>14</sup> **Art. 23.** É da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais de saneamento básico (...). In: *Constituição Federal*.



No entanto, mais próximo a uma construção jurídica possível, seria a referência a um direito de habitação. Não porque ele se encontre já estruturado em algum conjunto de normas jurídicas; mas porque se pode inferi-lo como razão e consequência jurídica da proteção possessória, eventualmente dada ao possuidor de boa-fé, de uma um imóvel urbano para a habitação.

O direito de habitação existe se dermos nova interpretação ao conteúdo jurídico da posse. Se, à posse de boa-fé de imóvel urbano, para fins de habitação, se der conteúdo de direito juridicamente protegido, integrante do patrimônio do cidadão, estar-se-á, na prática, reconhecendo o “direito de habitação”.

A este tipo de proteção do direito possessório estar-se-ia admitindo, de fato, um novo conteúdo ao conceito de função social, já agora não decorrente de normas urbanísticas de direito público, mas de normas privadas de ordem pública. O que nos parece mais útil nesta colocação é o fato de já estarem sistematizadas na legislação civil as definições elementares e essenciais da eficácia deste direito: o sujeito ativo = o possuidor; o sujeito passivo = o titular do domínio; o objeto jurídico da relação = a posse; os efeitos = proteção da situação patrimonial, bem como alguns elementos de verificação da existência do direito, e também os procedimentos de sua proteção = as ações possessórias.

Esta nova “leitura” da posse, como função social da propriedade, não é um direito teórico, oponível ao Estado, mas reconhecimento de um direito individual, que nasce com a posse útil do imóvel urbano pela habitação, e que acontece no âmbito das relações privadas, e de interesse social da propriedade urbana.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> “A função social da posse situa-se em plano distinto, pois, preliminarmente, a função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade, que mesmo sem uso, pode se manter como tal”. In: FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris, p. 19.

A nova doutrina civilista brasileira já começa a se manifestar neste sentido, porém de forma tímida, se levarmos em conta a obviedade da situação social e fática. Destaque-se, neste sentido, a produção do Professor *Luiz Edson Fachin*, que expressamente se refere ao assunto:

“A função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade, que mesmo sem uso, pode se manter como tal. A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção de reação anti-individualista.”<sup>16</sup>

Este pensamento nos parece mais compatível com os princípios constitucionais de função social da propriedade, combinado com aqueles de Justiça Social, referido no artigo 170, e de aproveitamento adequado da propriedade, mencionado no § 4.º do artigo 182, ambos da Constituição Federal.

No entanto, qual a barreira que se antepõe à leitura tão óbvia destes institutos no direito brasileiro? Uma das respostas é, ao nosso ver, a importação de conceitos jurídicos, ainda vigente, no direito brasileiro.

## 7. A POSSE COMO CONCEITO JURÍDICO DE IMPORTAÇÃO

A posse, enquanto conceito jurídico, constitui um excelente exemplo da incorporação do pensamento jurídico europeu ao direito brasileiro, não só no que diz respeito à construção legislativa, como também do pensamento doutrinário que oferece subsídios à interpretação das leis. E a leitura do conceito de posse se mantém até os dias de hoje, como veremos a seguir.

Inicialmente, devemos ressaltar que não é nossa intenção dissecar a questão jurídica da posse, mas apenas demonstrar como o pensamento jurídico europeu se enraizou no di-

---

<sup>16</sup> FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 19.

reito civil brasileiro, sem grandes inovações até os dias de hoje. Isto, a despeito das enormes mudanças sociais ocorridas neste século, sem levar em conta o conhecimento acumulado na área dos estudos sociais, e as profundas alterações dos princípios e normas constitucionais.

A posse, enquanto fato social, caracteriza-se como detenção: ocupação fática de um imóvel, servindo diretamente a alguém. Do ponto de vista real, ninguém duvida que ela é um estado de fato.

Porém, no direito brasileiro, desde a sua codificação civil, a questão não se coloca tão simples assim. Ao contrário, a simplicidade fática é substituída por intrincadas construções teóricas, sobre situações onde os fatos não correspondem a direito algum.

A posse, no direito brasileiro, ainda é vista, estudada e interpretada por duas teorias européias, do início do século XIX, construídas pelos juristas *Savigny* e *Ihering*.<sup>17</sup> Ambos os juristas, registre-se, procuraram construir suas teorias jurídicas sobre posse, buscando seus subsídios no direito romano.<sup>18</sup>

Embora da construção do pensamento de *Savigny* sobre a questão possessória possa admitir a idéia de “posse sem relacioná-la com o direito de propriedade”, tendo sido sua teoria “considerada expoente, exatamente por conferir independência à noção de posse, relativamente à propriedade”,<sup>19</sup> esta não foi a corrente adotada pelo direito brasileiro.

---

<sup>17</sup> “Estudar a questão da tutela possessória (...) implica realizar uma análise prévia, ainda que resumida, das duas principais teorias a respeito da noção e caracterização da posse” – a de *Ihering* e aquel’outra de *Savigny*. In: DOMANSKI, Marcelo. *Posse: da segurança jurídica à questão social*. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 32

<sup>18</sup> “Conceito de Posse: Duas teorias de larga repercussão na doutrina e nas legislações, originadas do esforço de seus autores para uma interpretação exata dos textos romanos, procuraram fixar a noção de posse através de meticulosa análise dos elementos que consideram essenciais à sua conceituação. De um lado, a teoria subjetiva que se deve à *Savigny*. Do outro, a teoria objetiva, de autoria de R. von *Ihering*.” In: GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 21.

<sup>19</sup> DOMANSKI, Marcelo. Op. cit., p. 33.



O direito brasileiro adotou a denominada teoria objetiva da posse, para qual “a posse não é, como parece aos partidários da teoria subjetiva, o poder físico da pessoa sobre a coisa, mas, sim, a exterioridade da propriedade. O seu ponto de vista pode ser resumido na seguinte sentença: só há posse onde pode haver propriedade”.<sup>20</sup> *Orlando Gomes* afirma que o Brasil “foi dos primeiros a aceitar os princípios da doutrina objetiva. O autor do Projeto (do Código Civil) confessa a sua filiação doutrinária ao pensamento de *Ihering* e proclama a precedência da nossa legislação na consagração da teoria de *Ihering*” (Op. cit., p. 25).

É interessante ainda citar *Orlando Gomes*, apontando os principais aspectos da teoria objetivista de *Ihering*:

“Parte von *Ihering* da necessidade de se estabelecer, preliminarmente, a diferença entre as noções de posse e propriedade, que na linguagem comum, são confundidas com grande freqüência, apresentando-se como expressões equivalentes (...). (...) Isso feito, verifica qualquer pessoa que há um conflito entre proprietário que não possui e o não proprietário que possui. De um lado, o direito; de outro, o fato; tal é, segundo *Ihering*, a antítese que se reduz a distinção entre posse e a propriedade. A posse é poder de fato; a propriedade, o poder de direito sobre a coisa” (*Gomes*, op. cit., p. 25).

A força da teoria formulada por *Ihering*, muito conveniente à proteção dos direitos do proprietário, em detrimento de situações fáticas, e muito conveniente aos interesses e à ideologia dominante do século XIX, penetrou e instalou-se profundamente no pensamento jurídico brasileiro. Não obstante possa parecer, hoje, para um leigo em direito, um quase delírio ideológico, sobretudo se contrafaceada com a realidade social do fim do século XX, ela permanece fundamentando a interpretação do direito civil brasileiro, e a interpretação dos nossos Tribunais.

---

<sup>20</sup> GOMES, Orlando. Op. cit., p. 17.

*Orlando Gomes* justifica que a facilidade de absorção desta doutrina, tanto na legislação brasileira quanto na Jurisprudência dos nossos Tribunais, se deu em função da ausência, na legislação anterior à sistematizada no Código Civil, de construção sistematizada sobre a natureza da posse.<sup>21</sup>

No entanto, embora pudesse não estar completamente sistematizada, não se pode ignorar que escritores brasileiros reconhecem que a ocupação de terras, com cultivo, no Brasil, foi a fórmula legitimada, tanto pelo regime das sesmarias quanto pela Lei de Terras, de 1850. Diz *Cirne Lima* (1954):

“Apoderar-se de terras devolutas e cultivá-las tornou-se coisa corrente entre os nossos colonizadores, e tais proporções essa prática atingiu que pôde, com o correr dos anos, vir a ser considerada como modo legítimo de aquisição do domínio, paralelamente a princípio, e, após em substituição ao nosso tão desvirtuado regime de sesmarias.

Os dois processos chegaram a ter-se por equivalentes. Depois da abolição das sesmarias, – então, a posse passou a campear livremente (...).

Era a ocupação, tomando do lugar das concessões do Poder Público, e era, igualmente o triunfo do colono humilde (...).

Na ausência de lei expressa, a instituição da “posse com cultura efetiva”, como modo de aquisição do domínio, só poderia ter sido estabelecido consuetudinariamente. É a opinião de *Lafayette* (*Lafayette Pereira. Direito das cousas*. Rio de Janeiro, 1877): – “Antes da citada lei (Lei de Terras de 1850) vigorava o costume de adquirirem-se por ocupação (posse era o termo consagrado) as terras devolutas... A dita lei aboliu aquelle costume” (Op. cit., p. 47-50).

<sup>21</sup> “Foi possível aceitar, sem maiores dificuldades, suas idéias (as de *Ihering*), porque o direito pátrio era omissivo quanto à natureza da posse, aplicando-se o direito romano. Mesmo assim, o Código inovou, mas a assimilação das inovações pela doutrina e pelos tribunais deu-se, com maior facilidade, precisamente pela ausência de uma construção sistemática que se levantasse sobre um conjunto ordenado de preceitos legais” (GOMES, O. Op. cit., p. 30).

Como se pode ver, a posse, ou, a ocupação com cultura, como era chamada, podia não ser um instituto jurídico sistematizado nos moldes de um pensamento sofisticado, porém, no Brasil, era o costume consagrado pela legislação como forma legítima de colonização.

“Ocupação é o termo, diz Lacerda de Almeida, tanto mais que a Lei de 1850, e o Regulamento de 1854, que posteriormente dispuseram sobre a matéria, — ‘falam claramente de ocupação, que era, de facto o que ocorria’.

Opina neste sentido, de resto, a maioria dos escritores antigos e modernos, (...). Parece-nos, porém que a ocupação, de que, no caso, se trata, não é a ‘occupatio’ romana, na sua forma clássica. Segundo o princípio romano, o só apossamento da coisa pelo ocupante justifica a aquisição do domínio. No nosso caso, entretanto, preciso é que a ocupação ou posse se acompanhe da cultura do terreno” (...) (Cirne Lima, op. cit., 1954, p. 48).

É a tradição, no direito brasileiro, da posse útil, justificadora de proteção jurídica, e de aquisição dominial, que desapareceu.

Menciona ainda o citado autor, que antes mesmo da codificação civil brasileira, ocorrida em 1916, e pela qual se consagrou a teoria objetiva da posse, como pura exteriorização do domínio, o Supremo Tribunal Federal já passava a interpretar a Lei de Terras, não atribuindo às posses um reconhecimento de direitos, susceptíveis de proteção, mas como situações fáticas:

“Segundo o acordão, — ‘os possuidores de terras (...) não tinham a propriedade dessas terras; eram simples posseiros, como a lei os chamava; o laço jurídico que os prendia às terras era unicamente o da posse’” (Cirne Lima, op. cit., 1954, p. 49. Cf. Acordão de 22.05.1907. *Revista do Supremo Tribunal Federal*, t. III, p. 259, 1915).



Por todo o exposto, nossas tradições portuguesa e brasileira, para as quais a posse útil de terras significava muito mais do que uma situação fática, ficaram esquecidas para a estudiosa e idealista elite jurídica brasileira.

Mas este sentido amplo de posse é o que continua na mente da cultura brasileira, especialmente porque ele é o que está mais próximo às nossas tradições culturais, inclusive aquelas vindas das outras etnias, negra e indígena.

## 8. SUGESTÕES E CONCLUSÕES

Dois são os aspectos que queremos acentuar neste trabalho: o primeiro, o de que o direito brasileiro tende a ser construído a partir de modelos ideais, alienígenas, em detrimento dos costumes e tradições praticados pela sociedade brasileira. Isto acarreta, como mencionamos no início, um abismo entre a proposta teórica do sistema normativo e sua apreensão e compreensão pela maioria da sociedade brasileira.

O segundo aspecto é que há uma enorme dificuldade, por parte dos juristas brasileiros, de reinterpretar a norma a partir de princípios. Este talvez seja o legado cultural que nos foi deixado pela tradição de uma legislação extremamente analítica, e positivada em regras infraconstitucionais.

Neste sentido é que, se verificamos uma situação de grande desconforto, no que concerne à distribuição e à segurança de direitos relacionados à propriedade e à posse útil, qualquer proposta de ação que envolva aspectos jurídicos deverá reforçar, sobretudo, um aspecto: a legitimação, pela norma, do fato social, que é o retrato da cultura nacional.

Não acreditamos ser possível mudança social que não se faça por meio deste caminho. Ele, por sua própria natureza, trará a simplificação do sistema normativo, que já não mais deverá servir aos deleites da lógica jurídica idealista.

Por isso, é imprescindível que as mudanças se façam por propostas elaboradas pelos próprios interessados, desde que já tenham eles alcançado a compreensão do funcionamento do sistema. Além disso, é preciso que se tenha:

- a) acesso à informação pelos seus usuários;
- b) compreensão, aceitação destas leis, ou de sua interpretação principiológica pelos juízes;
- c) meios processuais para reclamar esses direitos nos tribunais.

O questionamento dos pontos acima mencionados deve ser muito mais aprofundado, sem perder, no entanto, esta perspectiva de legitimidade social do Direito.