



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

**A INFLUÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NA
TEORIA JURÍDICA DA POSSE E NA ESTRUTURA
CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE PRIVADA**

ANASTÁCIO LIMA DE MENEZES FILHO

Brasília

2017

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Anastácio Lima de Menezes Filho

**A INFLUÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NA
TEORIA JURÍDICA DA POSSE E NA ESTRUTURA
CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE PRIVADA**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa “Constituição e Democracia”, sob a orientação do Professor Pós-Dr. Valcir Gassen.

Brasília

2017

FOLHA DE APROVAÇÃO

Anastácio Lima de Menezes Filho

A INFLUÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NA TEORIA JURÍDICA DA POSSE E NA ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE PRIVADA

Apresentada à banca examinadora em 09 de agosto de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Professor Pós-Dr. Valcir Gassen
(Orientador – Presidente – FD, UnB)

Professor Dr. Alexandre Bernardino Costa
(Examinador Interno – FD, UnB)

Professor Dr. Hércules Benício
(Examinador Externo)

Para Pincita e Pincito,
pelas traquinagens que deixamos de fazer!

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, os agradecimentos são endereçados à Universidade Federal do Acre e à Universidade de Brasília. Sem o apoio de ambas, a realização do mestrado seria impossível.

Agradeço, também, ao meu orientador, prof. Pós-Dr. Valcir Gassen, que mesmo a tão longa distância soube direcionar-me pelos tortuosos caminhos da pesquisa.

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Acre, pelo imprescindível amparo em minha formação profissional.

Ao meu primo Jonathas, pela revisão do texto.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo investigar as interferências que a força normativa do direito fundamental à moradia provoca na teoria jurídica da posse aceita no Brasil e também na chamada *estrutura constitucional da propriedade privada*. Para alcançar referido desiderato, o foco inicial da pesquisa volta-se à análise das diversas teorias jurídicas que tentam explicar o fenômeno possessório, em especial daquela adotada pelo Direito brasileiro. Tentou-se não apenas descrevê-las, senão, também, lançar-lhes um olhar crítico. Após ultrapassar esta primeira perspectiva, o estudo se concentra no direito de propriedade privada, inicialmente para analisar como e de que forma a propriedade moderna foi construída com a aura de direito absoluto. Adicionalmente, foram explorados aspectos da propriedade como *problema constitucional*, com ênfase especial para sua estruturação no seio da Constituição Federal de 1988. Na terceira etapa, depois de examinado o direito fundamental à moradia (isoladamente considerado), buscou-se analisar a ampliação de seu conteúdo normativo por meio de contribuições advindas tanto da teoria da posse, como também da estrutura constitucional da propriedade privada. Neste contexto, explorar alguns aspectos conjunturais que circundam a teoria da posse e a estrutura constitucional da propriedade se fazia necessário não apenas para que fossem definidas as interferências sofridas, mas também para estabelecer de que forma poderiam servir de instrumentos de interferência. Do estudo resultou que o direito fundamental à moradia, com sua força normativa, não apenas interfere na teoria jurídica da posse e na estrutura constitucional da propriedade privada, como também sofre profunda interferência delas.

Palavras-chave: Direito Civil. Posse. Teorias Jurídicas da Posse. Propriedade. Propriedade como Direito Absoluto. Estrutura Constitucional da Propriedade Privada. Moradia. Força Normativa da Moradia.

ABSTRACT

This work aims to investigate the interference that the normative force of the fundamental right to housing causes in the legal theory of possession accepted in Brazil and also in the *constitutional structure of private property*. In order to reach this objective, the initial focus of the research turns to analysis the various legal theories that try to explain the possessory phenomenon, especially that adopted by Brazilian Law. It was tried not only to describe them, but also, to throw a critical point of view about them. After overcoming this first perspective, the study focuses on private property law, initially to analyze how and in what way the modern property was built as an idea of absolute right. In addition, aspects of property were explored as a *constitutional problem*, with special emphasis on its structuring within the Federal Constitution of 1988. In the third stage, after examining the fundamental right to housing (considered it in a isolation way), an attempt was made to analyze the expansion of its Normative content through contributions from both the theory of possession and the constitutional structure of private property. In this context, it was necessary explore some conjunctural aspects that surround the ownership's theory and the property's constitutional structure not only to define the interferences, but also to establish how they could act as instruments of interference. This study has shown that the fundamental right to housing, with its normative force, not only interferes in the legal theory of ownership and the constitutional structure of private property, but also suffers deep interference from them.

Keywords: Civil Law. Possession. Legal Theories of Possession. Property. Property as Absolute Right. Constitutional Structure of Private Property. Housing. Normative Force of the Housing.

LISTA DE ABREVIATURAS

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch – Código Civil Alemão

CC – Código Civil

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CPC – Código de Processo Civil

MS – Mandado de Segurança

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	011
CAPÍTULO I – POSSE E SUA TEORIA JURÍDICA.....	015
1.1 – FASE TEORIZANTE.....	016
1.1.1 – Teoria da posse de Savigny.....	018
1.1.2 – Teoria da posse de Ihering.....	021
1.2 – TEORIA DA POSSE NO DIREITO BRASILEIRO.....	026
1.2.1 – Nem <i>corpus</i> , nem <i>animus</i> . Nem Savigny, nem Ihering.....	026
1.2.2 – Poder fático.....	032
1.3 – FINALIDADE INTRÍNSECA DA TEORIA POSSESSÓRIA - VIABILIZAÇÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA	039
1.3.1 – Interditos e tutela da posse.....	040
1.3.2 – Posse e tutela da evidência.....	042
1.4 – FINALIDADE EXTRÍNSECA DA TEORIA POSSESSÓRIA - TRANSFORMAÇÃO DA POSSE EM MERCADORIA E MANUTENÇÃO DE DESIGUALDADES SOCIAIS.....	046
1.4.1 – Antecedentes.....	047
1.4.2 – A que se prestou a teoria da posse?.....	051
CAPÍTULO II – CONTEÚDO E ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DA PRÓPRIEDADE PRIVADA.....	055
2.1 – NASCIMENTO DA PROPRIEDADE COMO DIREITO ABSOLUTO....	056
2.1.1 – Primórdios da propriedade.....	056
2.1.2 – Propriedade romana.....	059
2.1.3 – Propriedade feudal.....	063
2.1.4 – Reconstrução da propriedade como direito absoluto.....	069
2.1.4.1 – Positivação da propriedade como direito fundamental.....	072
2.1.4.2 – Positivação da propriedade jurídico-civil.....	075
2.2 – O CONCEITO E O CONTEÚDO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE.....	078

2.2.1 – Considerações preliminares.....	078
2.2.2 – A propriedade constitucional na ótica do Supremo Tribunal Federal..	080
2.2.3 - Teorias da propriedade constitucional “natural”.....	085
2.2.4 – Estrutura da propriedade constitucional.....	088
2.2.4.1 – Notas introdutórias.....	089
2.2.4.2 – Utilização privada e faculdade de disposição.....	090
2.2.4.3 – Poder de aquisição.....	093
2.2.4.4 – Direitos, situações e posições jurídicas de direito público.....	095
2.2.5 – As relações entre a propriedade constitucional e a propriedade jurídico-civil.....	098
2.2.6 – Função social como elemento da propriedade privada.....	103
2.2.6.1 – Visão italiana.....	103
2.2.6.2 – Críticas.....	107
CAPÍTULO III – MORADIA E SUA RELAÇÃO COM A POSSE E A PROPRIEDADE CONSTITUCIONAL	110
3.1 DIREITO À MORADIA ISOLADAMENTE CONSIDERADO.....	111
3.1.1 – Moradia no contexto atual de inefetividade dos direitos sociais fundamentais.....	112
3.1.2 – A dimensão prestacional do direito à moradia, com enfoque para o caso brasileiro.....	113
3.1.3 – Dimensão negativa do direito à moradia.....	118
3.1.4 – Base material e o conteúdo do direito fundamental à moradia.....	122
3.1.5 – Estrutura constitucional do direito à moradia.....	125
3.2 - ARTICULAÇÃO ENTRE POSSE, PROPRIEDADE E MORADIA, TOMADAS EM SENTIDO CONSTITUCIONAL.....	130
3.2.1 – O problema da cientificidade das teorias da posse e da propriedade.....	130
3.2.2 – Interferência da moradia na estrutura constitucional da propriedade Privada	134
3.2.3 – Interferências da moradia na teoria jurídica da posse.....	146
CONCLUSÃO.....	154
REFERÊNCIAS.....	162

INTRODUÇÃO

O processo era o de número 0703716-36.20013.08.01.0001. Tramitou na 1ª Vara da Fazenda Pública porque o Estado do Acre dizia-se legítimo possuidor e proprietário da área invadida. Consta da petição inicial que cerca de 60 famílias haviam invadido uma estreita faixa de terras na periferia de Rio Branco-AC. Construíram casebres paupérrimos onde moravam há cerca de um ano. A liminar de reintegração, concedida inicialmente pelo juiz da demanda, foi revogada após a realização de uma inspeção judicial.

No relatório da inspeção, o magistrado “constatou que o local não possui água encanada e esgoto ou qualquer tipo de saneamento básico. A energia elétrica que chega ao local é proveniente de ligações clandestinas. A maioria joga os dejetos a céu aberto. Não há notícias da coleta de lixo urbano. O local não possui calçadas e/ou asfaltamento. A própria comunidade dividiu as porções de terra em pequenos lotes medindo 10m x 25m, quando possível”¹.

O que teria motivado o juiz a revogar a liminar? Alguma teoria nova acerca da posse ou propriedade? A função social não cumprida por parte do Estado do Acre? A colisão de direitos fundamentais? A eventual pressão por parte de movimentos sociais? A resposta pode ser encontrada às p. 916 do processo: “diante de grave vulnerabilidade social dos réus, ora ocupantes da área objeto de litígio, vulnerabilidade esta que pude constatar durante a inspeção judicial realizada *in loco* no dia 21 de maio de 2013, às 15h (documentos de fls. 859/869), suspendo o cumprimento do mandado liminar de reintegração de posse”. Ou seja, o argumento que justificou o cancelamento da reintegração foi apenas a grave situação de miséria vivenciada pelos ocupantes da área em litígio. Nada mais.

Inconformado com o cancelamento da decisão que determinava a reintegração, o Estado do Acre manejou o agravo de instrumento 0000786-89.2013.8.01.0000, provido pelo Tribunal de Justiça para determinar a imediata desocupação na área. Finalizado os trâmites burocráticos do agravo de instrumento, o relatório da assistência social dava conta que 98 famílias moravam no local². Pode-se agora imaginar como deve ter sido o cumprimento do mandado de reintegração.

¹ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE. Processo 070371-6-36.20013.08.01.0001, pág. 859 do processo. Atualmente o processo encontra-se arquivado.

² Relatório de Estudo Social, p. 526 e seguintes.

O caso ilustrado - apenas um dos inúmeros que aportam rotineiramente ao Poder Judiciário por todo o Brasil - vem demonstrar, dentre outras coisas, uma série de aspectos, todos eles objetos de análise nesta dissertação: (a) pouco conhecimento das teorias possessórias e a insuficiência delas para solucionar casos desta envergadura; (b) ausência de uma correta compreensão acerca da propriedade constitucional; (c) baixa efetividade do direito fundamental à moradia; (d) falta de compreensão no tocante à articulação entre moradia, propriedade privada e posse.

A princípio, o objetivo central desta dissertação reside justamente em apontar como e de que forma o direito fundamental à moradia, com sua força normativa, pode interferir na teoria jurídica da posse e na estrutura constitucional da propriedade privada. Para tanto, o trabalho foi construído em três capítulos.

O objetivo do primeiro capítulo, além de investigar qual seria a verdadeira teoria da posse adotada no direito brasileiro, resume-se em demonstrar que ela, de certa forma, desempenhou o papel de transformar a posse em mercadoria, contribuindo com a concentração fundiária e a manutenção de desigualdades sociais. Analisaremos, num primeiro momento, o conteúdo das teorias de Savigny e Ihering. Depois, partiremos para a análise do modelo de teoria possessória adotada pelo direito brasileiro. Pretendemos demonstrar que o Brasil não adotou nem a teoria subjetiva, muito menos a teoria objetiva da posse. Ao contrário, veremos que a teoria brasileira dispensou os elementos *animus* e *corpus*, filiando-se a um modelo possessório diverso daquele ordinariamente reconhecido.

Ultrapassado o ponto onde serão investigados a real extensão, conteúdo e limites da teoria possessória adotada no Brasil (investigação que não deixa de ser interna à posse), inicia-se uma análise externa à teoria, mas ainda interna ao mundo jurídico. Busca-se deixar evidente a função que a posse desempenha dentro do ordenamento. Não se trata de apontar um fundamento para a proteção possessória, como fizeram Savigny e Ihering, mas apenas averiguar, por dentro da própria teoria, qual o objetivo de sua criação pelo ordenamento jurídico. Neste aspecto, demonstraremos que a teoria viabilizou os interditos possessórios por meio de uma limitação à *cognição horizontal* e uma *superficialização da cognição exauriente*, fazendo surgir uma situação de *conformidade com o direito* que permitiu a *tutela de evidência* da posse.

Depois, será objeto de investigação a finalidade da teoria em seu aspecto externo ao próprio ordenamento, com ênfase para uma de suas finalidades de viés econômico. É nosso objetivo demonstrar que a teoria se prestou ao papel de transformar a posse em um

ativo financeiro negociável, inserindo-a como produto no modo de produção capitalista. Será destrinchado, igualmente, o papel por ela desempenhado na concentração fundiária e na perpetuação de desigualdades históricas.

O segundo capítulo foi estruturado em dois tópicos. No primeiro deles, o objetivo é analisar de que forma a propriedade tornou-se um direito fundamental. Para cumprirmos este objetivo, exporemos a maneira como, ao longo da história, a propriedade foi construída (e muitas vezes reconstruída) de forma a tornar-se um direito ilimitado, exclusivo, perpétuo e absoluto. Os primórdios da propriedade, a propriedade romana e a propriedade feudal entram nesse contexto como elementos-chaves para a compreensão dos alicerces sobre os quais se construiu a propriedade contemporânea. A indagação que alimenta o tópico é perquirir de que forma a propriedade foi ungida a “totem sagrado” dos direitos fundamentais de primeira geração e, mais ainda, sob que contexto o instituto foi trazido para as primeiras codificações jurídico-civis.

No segundo tópico, será investigado qual o conteúdo e a extensão da propriedade privada, tomada em seu sentido constitucional e diferenciada da propriedade jurídico-civil. O esforço argumentativo volta-se à identificação de um conceito e de um conteúdo da propriedade, tomada unicamente em acepção constitucional. Teremos a oportunidade de demonstrar que infelizmente o STF jamais se ocupou seriamente em solucionar tal questionamento. Avançando, analisaremos as teorias que tentam enxergar elementos naturais na propriedade constitucional. Será exposto que a *utilização privada* e a *faculdade de disposição* são os dois candidatos mais sérios à composição da estrutura da propriedade em sentido constitucional, que teria por base material a necessidade de proteção de um âmbito de liberdade na esfera patrimonial. Veremos, também, que o poder de aquisição e posições jurídicas de direito público (ao menos *a priori*) não fazem parte da estrutura constitucional da propriedade. Outro ponto que não poderia passar despercebido diz respeito à intricada e complexa relação entre a propriedade constitucional e a propriedade jurídico-civil. Por fim, será analisada a função social como elemento imanente da propriedade constitucional, com as consequências teóricas e práticas advindas. Ressalta-se que a fundamentação desenvolvida neste segundo capítulo é de vital importância a solução do problema central desta monografia.

No terceiro e último capítulo abordaremos mais diretamente o objetivo central de toda a dissertação, que é saber se o direito fundamental à moradia possui força normativa suficiente para interferir na estrutura constitucional da propriedade e na teoria

jurídica da posse. De antemão, comprovada a hipótese, deverá ser investigado como e de que forma se dá a interferência, devendo ser investigado, também, o nível desta interação.

A fim de comprovarmos a hipótese, analisaremos primeiramente o conteúdo do direito fundamental à moradia, em especial seu conteúdo e o seu âmbito de proteção. Não poderá passar despercebido que atualmente a moradia encontra-se inserida em um contexto maior de inefetividade de todos os direitos sociais. Posteriormente, abordaremos as dimensões prestacional e não-prestacional deste direito fundamental.

Em face da tese hoje majoritária, no sentido de que a moradia não outorga um direito subjetivo público de exigir do Estado uma habitação digna, será objeto de estudo o real significado e extensão da dimensão prestacional. Depois, analisaremos o viés não-prestacional deste direito fundamental, que muito embora não seja sua face mais reluzente, assume vital importância no atual cenário de vilipêndio aos postulados constitucionais.

Por fim, será objeto de nossas preocupações a base material e o conteúdo que fundamentam a moradia como um problema constitucional. O objetivo é sedimentar que a estrutura constitucional da moradia tem força normativa suficiente para extrapolar o domínio que lhe é próprio, vindo a interferir e modificar, ao menos em parte, o âmbito que constitucionalmente foi reservado à propriedade privada e à posse. Desta forma, deverá ser abordado o problema da interferência provocada pela moradia na estrutura constitucional da propriedade privada e na teoria jurídica da posse, como especial relevo para as consequências normativas desta simbiose. O objetivo é demonstrar que a força normativa da moradia, tomada em acepção constitucional, tem o poder de fazer modificações expressivas na estrutura da propriedade privada e na teoria jurídica da posse.

Por outro lado, a pesquisa realizada neste capítulo se difere das muitas outras já escritas sobre o tema em virtude de seu peculiar interesse na realização de uma análise crítica sobre o instituto, sem recorrer à “*função social*”. O tema é velho, mas pode ser explorado com novos olhos.

CAPÍTULO I

POSSE E SUA TEORIA JURÍDICA

O objetivo central deste capítulo, além de desnudar a teoria da posse adotada no direito brasileiro, resume-se em demonstrar que ela se mantém alheia às necessidades de concretização do direito fundamental à moradia.

Para tanto, será analisado, num primeiro momento, o conteúdo e o alcance das teorias criadas por Savigny e Ihering acerca da posse, quando inauguraram o chamado *período teorizante*.

Depois, partiremos para a exploração do modelo de teoria possessória adotada pelo direito brasileiro. Pretendemos demonstrar que o Brasil não adotou nem a teoria subjetiva, muito menos a teoria objetiva da posse. Ao contrário, veremos que a teoria brasileira dispensou os elementos *animus* e *corpus*, contentando-se apenas com o *poder fático*, filiando-se a um modelo possessório diverso daquele ordinariamente reconhecido.

Posteriormente, será realizada uma análise crítica sobre a teoria possessória. Para isso, será objeto de investigação, em primeiro lugar, a funcionalidade da teoria em seu aspecto interno, isto é, a função por ela desempenhada dentro do ordenamento jurídico. Aqui, demonstraremos que a teoria da posse viabilizou os interditos por meio de uma limitação à *cognição horizontal* e uma *superficialização da cognição exauriente*, fazendo surgir uma situação de *conformidade com o direito* que permitiu a *tutela de evidência* da posse.

Em segundo lugar, será objeto de investigação a finalidade da teoria em seu aspecto externo ao ordenamento, em especial sua finalidade econômica. É nosso objetivo demonstrar que ela se prestou ao papel de transformar a posse em um ativo financeiro negociável, inserindo-a como produto no modo de produção capitalista. Serviu à concretização das exigências econômicas da época. Será destrinchado, igualmente, o papel que a teoria desempenhou na concentração fundiária e na perpetuação de desigualdades históricas até hoje vivenciadas.

É por este caminho que pretendemos demonstrar que uma visão científica da posse (para não dizer positivista) não teve o resultado de fazer concreto o direito fundamental à moradia, muito embora posse e moradia estejam imbricadas de maneira incidível. Compreendida da forma rotineira e tradicional, a posse e sua teoria dificilmente dariam suporte à concretização deste direito fundamental.

Por outro lado, a pesquisa realizada neste capítulo se difere das muitas outras já escritas sobre o tema em virtude de seu peculiar interesse na realização de uma análise crítica sobre o instituto, sem recorrer à “*função social da posse*”. O tema é velho, mas pode ser explorado com novos olhos.

1.1 – FASE TEORIZANTE

Neste primeiro tópico, far-se-á uma análise do período em que nasceram as principais teorias relativas à posse, em especial as teorias de Savigny e Ihering. Busca-se compreender o alcance, extensão e limites de cada uma destas teorias.

Pontes de Miranda chamou de *fase teorizante* o período do início e meados do século XIX em que Savigny e Ihering lançaram as bases das teorias possessórias que se espalharam, de forma mais ou menos intensa, por quase todos os ordenamentos jurídicos de *civil law*.³

As teorias resultantes destes embates intelectuais foram adotadas, com uma ou outra variação, dentre outros países, pela Argentina (Código Civil argentino, arts. 1909⁴), Espanha (Código Civil espanhol, arts. 430/466), Itália (Código Civil italiano, arts. 1.140/1.170), Uruguai (Código Civil uruguaio, Livro II, Título V, Capítulos I e II) e Portugal (Código Civil português, arts. 1.251/1.286). Isso comprova que muitos países de *civil law* adaptaram as teorias possessórias resultantes das discussões travadas entre Savigny e Ihering aos seus ordenamentos internos.

Advirta-se, entretanto, que não é possível estabelecer um conceito de posse válido para todos os países ao longo da história, pois, como afirma Pontes de Miranda, os conceitos de posse, possuidor, detentor e principalmente o cabimento dos interditos possessórios, dependem do estado econômico e cultural de cada povo ao longo de sua história.⁵

A análise da legislação brasileira e estrangeira, presente e pretérita, demonstra que o objetivo primordial sempre foi o de criar uma teoria que concretizasse o positivismo

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo X. Atualizado por Luiz Edson Fachin. São Paulo: RT, 2012, pág. 58.

⁴ O artigo já se refere ao Código Civil argentino mais recente, promulgado pela lei nº 26.996, de 8 de outubro de 2014.

⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* pág. 70/71. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo VI. São Paulo: RT, 1976, pág. 84.

jurídico e, ao mesmo tempo, viabilizasse a tutela possessória da evidência, temas que serão melhor desenvolvidos ao longo deste capítulo.

No Brasil, antes da entrada em vigor do Código Civil de 1916, a matéria (remédios processuais) não era normativamente disciplinada, existindo nas Ordenações Filipinas algumas poucas disposições acerca dos remédios possessórios, razão pela qual não faltou quem defendesse à época a vigência do Direito Romano e a aplicação ao tema, tanto quanto possível, dos *princípios gerais do direito* e até mesmo do Direito Canônico.⁶

Quando, em 1803, Friedrich Karl von Savigny escreveu o *Tratado da Posse*, não iniciou sua investigação científica partindo do zero. Antes dele, em especial no século XVI, discutindo a extensão e a importância que o *animus dominantis*, *animus domini* e *opinio domini* possuíam para a caracterização da *possessio civilis* no Direito Romano, já haviam pavimentado este caminho Duareno, Donelo e muitos outros.⁷ Com isso, quer-se dizer que muito já havia sido produzido pelo Direito Romano em matéria possessória, tendo Savigny desenvolvido no século XIX uma teoria brilhantemente romanística.⁸

O que muda na teoria possessória com Savigny não é simplesmente introduzirem-se os elementos *animus* e *corpus* como caracterizadores da posse, inaugurando o que se convencionou mencionar por *teoria subjetiva da posse*. A ideia maior e central dizia respeito à criação de uma teoria científica para a posse, algo completamente inédito. Como toda teoria, deveria possuir abrangência suficiente para abarcar as nuances e facetas do objeto teorizado, solucionando a contento os problemas práticos que a questão pudesse suscitar.

Tal fase, inaugurada por Savigny, foi denominada por Pontes de Miranda de *teorizante* justamente porque antes dela não havia propriamente uma teoria científica que objetivasse explicar e compreender o fenômeno possessório. Tratava-se da criação de um método de resolução de questões possessórias, algo que não foi pensado pelos romanos, glosadores ou pós-glosadores.⁹

⁶ Lafayette já defendia a ideia, em 1877, de que, em se tratando de posse, haver-se-ia de aplicar o Direito Romano ao Brasil, “com as modificações introduzidas pelo uso moderno e pela prática de julgar”, fazendo-se a necessária adaptação pelo fato de o Direito Romano dar pouca importância ao elemento material da posse. In, PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. Vol. I. Obra fac-similar. Brasília: Editora do Senado Federal, 2004, págs. 30/36. Disponível em: <[file:///C:/Users/DOCUMENTOS/Downloads/000710349_V1%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/DOCUMENTOS/Downloads/000710349_V1%20(5).pdf)>. Acesso em: 12 set 2016.

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* pág. 74/76. Lafayette também já anotava que a teoria da posse é a matéria mais sistemática e profunda do Direito Romano (op. cit. pág. 30).

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* pág. 77.

⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* pág. 77/80.

O que se buscou na *fase teorizante* foi construir uma teoria da posse que pudesse resolver as intrincadas questões que a matéria suscitava. O objetivo era formular uma teoria que reduzisse ou mesmo anulasse a discricionariedade na concessão dos interditos possessórios. O núcleo central de toda a fase teorizante, bem como de toda e qualquer teoria que fosse elaborada para a posse, girava em torno do *conceito de posse*, fundamental para o seu sucesso.

1.1.1 – Teoria da posse de Savigny

Sendo Savigny um dos precursores da ideia de que a posse merecesse toda uma teoria, sua elaboração iniciou-se fundindo o conceito romano de posse *ad interdicta* com o conceito de posse. Em sua concepção, toda posse era passível de defesa interdital. Não cabendo os interditos, haveria detenção, e não posse.

Neste ponto, Savigny retomou a concepção de posse que vinha do período de Justiniano, o qual superou a classificação advinda do período romano clássico. Para Savigny, no Direito Romano só existiam dois efeitos para a posse: a usucapião e os interditos. A posse *ad interdicta* não possuía outros requisitos senão os requisitos da posse *ad usucapionem*, isto é, toda *possessio civilis* era interdital e prescritiva.¹⁰

Esclarece Vandick Nóbrega que o Direito Romano clássico distinguia três espécies de posse, a saber: (a) *possessio* propriamente dita, a quem se deferia a defesa interdital por força do *ius honorarium*, independentemente de justo título, inclusive ao proprietário pretoriano, peregrino ou provincial, bem como ao possuidor de má-fé; (b) *possessio naturalis* (muito embora este termo não fosse conhecido na época clássica), que seria a mera detenção, sem a proteção dos interditos e (c) *possessio civilis*, que seria a posse decorrente do justo título, que além de ser *ad interdicta* era, também, *ad usucapionem*.¹¹

Segundo Max Kaser, a *possessio civilis* exigia a *justa causa possessionis*, ou seja, a aquisição da posse pressupunha um fundamento jurídico. Daí deduziram os

¹⁰ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Il Diritto del Possesso. Trattato Civile*. Tradução para o italiano de Pietro Conticini. Napoli: Francesco Mais. 1840, pág. 49 e 79. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=MXM63f2ENZEC&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt_BR&pg=GBS.PA1>. Acesso em: 18 set 2016.

¹¹ NÓBREGA, Vandick Londres da. *História e Sistema do Direito Privado Romano*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, pág. 217/219. Repetindo a classificação e reforçando a ideia segundo a qual o Direito Romano não chegou a formular uma teoria da posse, cf. CRETELA JÚNIOR, José. *Direito Romano Moderno*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pág. 135. Cf. também, SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Op. cit.* § 7 (págs. 78/102).

romanos que quem não tinha uma causa para a posse não poderia arbitrariamente criá-la.¹²

Desta forma, no período clássico, havia hierarquia de posse, sendo a *possessio civilis* a categoria superior, a *possessio ad interdicta* a espécie intermediária, seguida da *possessio naturalis*, categoria inferior.¹³

Justiniano terminou por abolir a *possessio* (ou melhor, fundiu-a à *possessio civilis*), de maneira que a *possessio civilis* (com justo título, que mais tarde serviu de base à criação da classificação da posse em justa e injusta) passou a ser a única passível de defesa interdital.¹⁴ Para ser exato, Justiniano retornou a rigorosa distinção entre posse e propriedade que existia no período clássico, mas que se perdeu no direito vulgar pós-clássico, onde posse e propriedade tornaram-se indistintas. Ao retomar a diferenciação entre posse e propriedade, terminou por abolir a *possessio naturalis*, passando a existir apenas e simplesmente o que se denominou de *possessio*.¹⁵

Savigny, em sendo um estudioso do Direito Romano,¹⁶ partiu do conceito de posse romana, em especial do período de Justiniano, para a elaboração da sua teoria. Seu arquétipo pressupunha que toda posse fosse interdital e prescritiva, antônima da mera detenção. Aqui, a importância prática em se categorizar determinada situação fática como posse ou detenção reside justamente na possibilidade ou não de concessão dos interditos possessórios, outorgados unicamente para as situações de posse.¹⁷ E nisso se extremava a posse da detenção, pois a primeira era aparelhada com os interditos, a segunda não. Para Savigny, a noção de posse sempre esteve relacionada à de detenção, visto que a detenção seria a relação natural (relação fática) que corresponderia à propriedade como relação jurídica.¹⁸

Para a caracterização da posse, Savigny acrescentou o requisito do *animus domini*, ou seja, só a detenção intencional, realizada com o intuito de exercício do direito de propriedade, configuraria a posse. *Animus possidendi* e *animus res sibi habendi*

¹² KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Tradução de Samuel Rodrigues Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, pág. 126/127.

¹³ NÓBREGA, Vandick Londres da. *Op. cit.* pág. 218.

¹⁴ *Ibidem*, p. 220.

¹⁵ KASER, Max. *Op. cit.* pág. 130. SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Op. cit.* pág. 78.

¹⁶ Testificam o profundo conhecimento que Savigny possuía do Direito Romano suas obras *História do Direito Romano na Idade Média*, escrita entre 1815 e 1831, e principalmente o *Sistema de Direito Romano Atual*, obra em 8 volumes escrita entre 1840 e 1849. Mas todas essas obras são posteriores ao *Tratado da Posse*, publicado em 1803 quando possuía apenas vinte e quatro anos.

¹⁷ PONTES, Tito Lívio. *Da Posse*. 2 ed. São Paulo: Leud, 1978, págs. 22/24.

¹⁸ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Op. cit.* pág. 107.

passaram a ser a mesma coisa.¹⁹ Deixa ele, de maneira muito clara, a noção de que a detenção, para valer como posse, deve ser intencional e voluntária, isto é, que o detentor, para ser possuidor, mais do que deter a coisa, tem que querer detê-la.²⁰

A exigência do *animus domini* para a caracterização da posse trazia vários inconvenientes, uma vez que, conforme já explicitado, não se questionava (e ainda não se questiona) que toda posse deveria ser protegida pelos interditos. O inconveniente principal era deixar de fora do conceito de posse, sem proteção possessória, situações como a do credor pignoratício, do enfiteuta, do sequestrário e do precarista,²¹ pois nenhum deles exercia detenção com *animus domini*.²² Mais ainda, a situação do depositário, do comodatário, do arrendatário, do mandatário, do gestor de negócios não passaria de simples detenção, sem possibilidade de defesa interdital. Era visível, portanto, a dificuldade da teoria em explicar e admitir o desdobramento da posse e, em especial, oferecer proteção jurídica para as situações que o tráfego corrente das relações sociais julgou necessário. Savigny não desconhecia tais inconvenientes. Segundo ele, se a intenção do detentor é a de exercitar sobre a coisa o domínio de um terceiro, não existiria nessa detenção o *animus possidendi*, capaz de transformar a detenção em posse.²³

Para solucionar tais inconvenientes, Savigny arquitetou a transferibilidade do *animus domini*. Por este estratagema, o titular do *animus domini* e, por via de consequência, da proteção possessória, poderia transferi-los a quem bem entendesse, por se tratar de direito.

O credor pignoratício, o enfiteuta, o sequestrário e o precarista possuíam proteção possessória (*ius possidendi*) por haverem recebido o *animus* do proprietário da coisa, que tem *ius possessionis*.²⁴ Savigny chamou tais situações presentes no Direito Romano e categorizadas inicialmente de *possessio naturalis*, de *posse derivativa*.²⁵ Com a possibilidade de transferência do *animus*, chegou ao mesmo resultado do período clássico, todavia valendo-se de construção muito mais complexa.

Daqui já se podia ver como Savigny embaralhava a posse como simples acontecimento do mundo fático (sem ser suporte fático de fatos jurídicos possessórios ou,

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* p. 77.

²⁰ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Op. cit.* pág. 107/110.

²¹ O precarista tinha a coisa por empréstimo de outrem; o sequestrado tem a função de guardar a coisa para as partes que estão em litígio, entregando-a para o vencedor. Sobre o assunto, KASER, Max. *Op. cit.* pág. 128.

²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* pág. 77.

²³ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Op. cit.* pág. 108. Ver, também, todo o § 9.

²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* pág. 77.

²⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Op. cit.* pág. 115/119.

sendo suporte fático, antes de sua entrada no mundo jurídico) com a eventual eficácia da posse (plano da eficácia do fato jurídico *stricto sensu* ou do ato-fato jurídico da posse).²⁶ Justiça seja feita a Savigny, que antes dos demais pode perceber que a posse poderia ser só fato ou ser, também, fato jurídico. Quando tratou da *possessio civilis* e da *possessio naturalis* no Direito Romano, ele deixou claro que, já para os romanos, a *possessio naturalis* não passava de uma simples relação com a natureza, não se tratando de relação jurídica. A *possessio civilis* já seria fato jurídico.²⁷

Mesmo em se admitindo a transferibilidade do *animus*, ainda assim ficaria sem explicação a situação daqueles que, (1) não sendo proprietário, detém a guarda da coisa e (2) do fâmulo da posse. Na situação descrita em (1), a necessidade de segurança jurídica imposta pelo tráfego das relações sociais modernas dita que deveria existir posse, mesmo não havendo transferência do *animus domini* pelo proprietário; na situação (2), mesmo que houvesse transferência, a caracterização da posse seria contra o tráfego normal das relações sociais.

Em outras palavras, a teoria de Savigny, embora representando avanços na sistematização da matéria, pecava pelo fato do *animus domini* restringir demasiadamente o conceito de posse, havendo necessidade de se recorrer a estratégias como a transferibilidade do *animus domini* e outros meios pouco científicos para remendá-la, a exemplo da posse derivativa. E mesmo recorrendo a tais expedientes, fica sem explicação satisfatória um número infindável de situações.

Perceba-se que nesta teoria não há qualquer tipo de referência ou preocupação da posse como instrumento de concretização da moradia.

1.1.2 – Teoria da posse de Ihering

Deve-se a Ihering a crítica mais contundente e tenaz já feita à teoria de Savigny. Todavia, mais do que destruir, a teoria de Ihering veio para completar, e, mesmo naquilo

²⁶ O pequeno alcance desta dissertação não permite uma explicação detalhada sobre os fatos jurídicos e suas categorias. Entretanto, a correta inteligência do que será exposto adiante pressupõe tal conhecimento. Para uma compreensão mais aprofundada deste assunto, Cf, MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato Jurídico*. Plano da Existência. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, Capítulos VIII a XII. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: RT, 2012, Capítulo IV.

²⁷ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Op. cit.* pág. 78/79.

que destruiu, construir sobre o destruído.²⁸ Trata-se de uma teoria de complemento, e não de exclusão.

Ihering não excluiu o *animus* de sua teoria. O que se deu foi uma modificação no conceito de *animus*, que passou a ser o comportamento visível do proprietário ou comportamento *como* de proprietário.²⁹

O próprio Ihering afirma ser em número de quatro suas principais divergências para com a teoria de Savigny, a saber: (1) fundamento da proteção possessória; (2) natureza jurídica da posse; (3) o *animus domini* e (4) o constituto possessório.³⁰ Analisar-se-á nessa dissertação apenas o *animus domini*.

Como explica Tito Lívio Pontes, para Ihering o *animus* é o intuito de servir-se da coisa segundo sua destinação econômica e social, sendo o *corpus* a exteriorização deste propósito, ou seja, o *animus* é expressado e se materializa no *corpus*, que não seria a mera proximidade física para com a coisa. A posse identifica-se como a exteriorização da exploração econômica, consubstanciando tanto o *corpus* quanto o *animus*.³¹ “*Corpus e animus* são inseparáveis, como a palavra e o pensamento”.³² Já aqui é patente que Ihering, ao interpretar os textos antigos, adotou uma certa largueza que o instituto não possuía no Direito Romano, acomodando as velhas regras às necessidades dos novos tempos.³³

Para Ihering, posse passa a ser a exteriorização da propriedade. A exteriorização da propriedade, por sua vez, seria o estado normal externo da coisa, adaptada à sua destinação econômica e posta a serviço do homem. Este estado externo pode assumir diversos aspectos, segundo a diversidade e natureza dos bens.³⁴

Com sua peculiar visão do conceito de *animus* e *corpus*, Ihering combateu ferozmente o conceito de posse que acabaria migrando para o BGB³⁵ e, mais tarde, para o Código suíço e para o Código Civil brasileiro, que aludiam apenas a *poder fático, poder inerente ao domínio e à propriedade*.

²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo X. Atualizado por Luiz Edson Fachin. São Paulo: RT, 2012, págs. 80/81.

²⁹ Cf. FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág. 9.

³⁰ IHERING, Rudolf von. *Sul fondamento dellla protezione del possesso*. Tradução do alemão para o italiano de F. Forlani. Milano: Francesco Vallardi, 1872, p. 02. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=6gMLOneHp_AC&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt_BR&pg=GBS.PR3>. Acesso em: 18 set 2016.

³¹ PONTES, Tito Lívio. *Op. cit.* pág. 25.

³² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* pág. 81.

³³ IHERING, Rudolf von. *Op. cit.* pág. XVI. A observação não foi feita por Ihering, mas pelo tradutor.

³⁴ IHERING, Rudolf von. *Op. cit.* pág. 137. Ver, também, todo o Capítulo XI, de onde a ideia contida no parágrafo foi retirada.

³⁵ Preceitua o § 854 do BGB: “Adquire-se a posse de uma coisa obtendo-se o poder fático sobre ela”.

Realmente, à noção de posse como *poder de fato* ou *poder fático*, Ihering abriu guerra declarada. Segundo ele, tais formulações seriam inerentes à noção possessória de Savigny, que estaria equivocado por identificar o conceito de posse com o conceito de domínio fático sobre a coisa, sem acorrer-se das limitações que terminariam por degenerar a posse e transformá-la em uma caricatura. Tal noção de posse, assevera ele, terminaria por restringir os aspectos da aquisição possessória.³⁶

Prosseguindo suas críticas à identificação da posse como poder fático, Ihering proclama que esta concepção, segundo ele retirada de Savigny, é completamente arbitrária, acomodando-se aos sabores dos casos concretos. Para ele, dizer que o poder fático pressupõe a apreensão da coisa, ou às vezes a proximidade física, ou talvez o poder de fato, é o mesmo que nada dizer: a noção de poder fático seria tão aberta que contemplaria como possessórias as mais diversas situações, inclusive as inconvenientes. Com essa noção de poder fático não se poderia extrair qualquer consequência.³⁷

Não é só no *Sobre o Fundamento da Proteção Possessória* que Ihering faz tais críticas.³⁸ No Capítulo XI do *Teoria Simplificada da Posse*, ao tratar da apropriação corporal das coisas, o pensamento é reiterado. Aqui, mais uma vez ele expõe a ideia, já contida no livro anterior, de que “onde há propriedade, há posse; e vice-versa”. Fosse a posse um poder fático, ter-se-ia de reconhecer que o bandido tem a posse da pessoa sequestrada. Assim, reafirma que “*posse não é poder físico, e sim a exteriorização da propriedade*”.³⁹ Desta forma, seria muito mais simples admitir ou contestar a existência da posse, pois sustentar que o possuidor tem sempre um poder físico sobre a coisa seria o mesmo que deturpar o conceito de poder.⁴⁰

As críticas de Ihering à noção de posse como poder fático exacerbaram-se quando do projeto que resultou no Código Civil alemão. Para ele, era inconcebível que o conceito de posse (BGB, § 854) e dos institutos jurídicos afins (fâmulo da posse - § 855; extinção da posse - § 856; posse mediata - § 868 e 871) estivessem a depender de um conceito que, no seu entender, era extremamente falso.⁴¹

³⁶ IHERING, Rudolf von. *Op. cit.* pág. 123/130.

³⁷ IHERING, Rudolf von. *Op. cit.* pág. 128/129.

³⁸ IHERING, Rudolf von. *Op. cit.* Capítulo X, pág. 123/137.

³⁹ IHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. 2 ed. Tradução de Pinto de Aguiar. Bauru: Edipro, 2002, pág. 56.

⁴⁰ IHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*, pág. 56. No mesmo sentido, BESSONE, Darcy. *Da posse*. São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 57.

⁴¹ Acerca do protesto de Ihering à noção de poder fático que vigia durante a tramitação legislativa do BGB, cf. FULGÊNCIO, Tito. *Op. cit.* pág. 17/25. PONTES, Tito Lívio. *Op. cit.* pág. 27/34.

Todavia, a reclamação de Ihering, apesar de sua autoridade incontestada na matéria, não foi ouvida pelo legislador alemão. O BGB, em construção desde 1881, terminou sendo aprovado em 1901 sem qualquer tipo de alteração no que diz respeito à matéria possessória. Em outras palavras, o conceito que Ihering tinha de posse, ponto fulcral de toda e qualquer teoria sobre o tema, não foi acolhido pela legislação alemã.⁴² E, como se verá mais adiante, nem pela brasileira.

Criticar a teoria de Ihering não é tarefa das mais fáceis, pois sua principal falha se encontra na compreensão de como a posse e a detenção permanecem como fatos, como entram para o mundo jurídico e como sua entrada no mundo jurídico às vezes é pré-excluída pelo próprio mundo jurídico.

Como, para ele, os conceitos de *animus* e *corpus* estavam fundidos, a princípio não existia diferença entre detenção e posse. O que em Savigny era claro (diferença entre posse e detenção), em Ihering passa a ser obscuro, pois posse e detenção não possuíam diferenças ontológicas. Só a lei poderia transformar o que seria posse em detenção. Aliás, tudo seria posse, a menos que a lei tornasse a posse uma mera detenção. A teoria é negativa. Para Ihering, não é a posse que dita o interdito, mas o interdito que dita a posse. Se a lei retira da posse a proteção interdital, a posse não é posse, e sim detenção. Detenção é a posse a que a lei retirou os interditos.⁴³

A fusão entre *animus* e *corpus*, com a generalização da posse como regra geral do sistema, tinha a vantagem de possibilitar a facilitação da prova, pois ao possuidor incumbiria provar apenas o *corpus*. Evidenciado o *corpus*, o ônus de se provar que não houvesse posse passaria ao réu.⁴⁴ Essa evolução foi fundamental para que se pudesse alcançar a efetividade de uma tutela possessória de evidência, viabilizando a concessão liminar da proteção possessória sem maiores formalidades.

É neste ponto que reside um dos principais defeitos da teoria: achar que todo fato da posse entra no mundo jurídico como fato jurídico possessório, a menos que haja pré-exclusão no mundo jurídico, o qual transformaria o que seria fato jurídico possessório em simples detenção. Como lembra Pontes de Miranda, motivos de ordem prática fariam com que a lei retirasse a eficácia possessória, em especial a proteção dos interditos, a situações

⁴² Nesse sentido, BESSONE, Darcy. *Op. cit.* pág. 58. Sobre o histórico da codificação alemã, Cf, RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX*. São Paulo: RT, v. 938. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/A-Influ%C3%Aancia-do-BGB-e-da-Doutrina-Alem%C3%A3-no-Direito-Civil-Brasileiro-do-S%C3%A9culo-XX.pdf>. Acesso em: 17 out 2016.

⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* pág. 81

⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* pág. 81.

que poderiam perfeitamente ser categorizadas como posse. A regra jurídica impediria o suporte fático de entrar no mundo jurídico como posse.⁴⁵

A detenção também pode entrar no mundo jurídico e tornar-se fato jurídico (hipótese em que teremos detenção, com a eficácia jurídica que lhe é própria), ou mesmo permanecer como simples fato, isto é, não entrar no mundo jurídico. A mesma coisa se dá com a posse, que pode permanecer fato, tornar-se fato jurídico ou ser um dos elementos de um suporte fático complexo, como ocorre na usucapião.

Ihering deu-se conta de que a regra jurídica poderia excluir a entrada no mundo jurídico como posse (posse fato jurídico) de determinadas situações que poderiam, sem isso, ser suportes fáticos possessórios. Todavia, daí não haveria ele de concluir que, devido à exclusão, o fato excluído (cuja regra jurídica não incidiu) deveria ser necessariamente categorizado com detenção simples fato ou detenção fato jurídico.

O sistema jurídico poderia explicitar que (a) o fato entra no mundo jurídico como posse; (b) ou entra como detenção; (c) ou não entra nem como posse e nem como detenção.⁴⁶ Não ter entrado como posse não quer dizer que entrou como detenção, pois pode não ter entrado nem como posse nem como detenção.

A situação do locatário, por exemplo, entra no mundo jurídico como posse para o direito brasileiro, mas entrava no mundo jurídico como detenção para o direito romano. A situação das coisas que foram abandonadas em um terreno baldio pelo ladrão que as furtou, não entra nem como posse e nem como detenção, quer para o direito brasileiro ou romano. Esse último exemplo testifica que a teoria negativa de Ihering estava equivocada, pois a não entrada no mundo jurídico como posse não autoriza a conclusão segundo a qual o fato tenha entrado no mundo jurídico como detenção, ou que tenha permanecido detenção no plano fático.

Afora este ponto, o conceito de posse haurido de Ihering, que a entendia com externalidade da propriedade, terminou por fazer com que sua teoria fosse discordante da de Savigny não apenas quanto ao *animus* e à natureza jurídica (em especial, do conceito e dos requisitos) da posse, mas também quanto ao fundamento da proteção possessória. Como já exposto alhures, para Ihering a proteção possessória fundamenta-se na ideia de proteção da propriedade, sendo incorreto afirmar-se que a justificação pudesse ser inferida da necessidade de pacificação social. Para ele, a imperfeição da proteção jurídica

⁴⁵ Idem. Ver também, BESSONE, Darcy. *Op. cit.* pág. 84/93.

⁴⁶ A ideia e os exemplos citados nos parágrafos seguintes foram retirados de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* págs. 82 e 85.

dispensada ao proprietário, dentre outras razões, justificaria, por si só, a necessidade de proteção da posse, até porque propriedade e direito à posse seriam equivalentes. Em suas palavras, a proteção possessória é uma extensão da proteção à propriedade.⁴⁷ Como isso já se pode ver que Ihering não compreendeu que *poder fático* não se confunde com *poder de fato* sobre a coisa.

O étimo latino da palavra *poder* já significava *possibilidade*, e não efetivo exercício, tema que será abordado mais adiante. Assim, *poder fático* não significa *poder de fato* ou *poder físico* sobre a coisa, como queria Ihering. Tem poder fático quem tem qualquer dos poderes inerentes à propriedade, conforme dicção constante dos arts. 485 do Código Civil brasileiro de 1916, 1.196 do Código atual e § 854 do BGB. O Código Civil português (art. 1251), italiano (art. 1140) e espanhol (art. 430), por exemplo, não possuem conceito semelhante.

1.2 – TEORIA DA POSSE NO DIREITO BRASILEIRO

Afinal, qual foi a teoria ou modelo que o direito brasileiro escolheu para a posse? A teoria de Savigny ou a de Ihering? Qual o alcance e a natureza jurídica desta teoria? Este segundo tópico tem por objetivo demonstrar que o direito brasileiro não adotou a teoria subjetiva de Savigny e muito menos a teoria objetiva de Ihering. Adotou-se, conforme será exposto adiante, a teoria do *poder fático*.

1.2.1 – Nem *corpus*, nem *animus*. Nem Savigny, nem Ihering.

É voz corrente em doutrina, cantada em uníssono pela quase totalidade dos autores dos manuais que se debruçaram sobre o tema, que o direito brasileiro teria se filiado à teoria objetiva de Ihering. Autores mais recentes, tais como Carlos Roberto Gonçalves,⁴⁸ Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves;⁴⁹ e também os autores clássicos,

⁴⁷ IHERING, Rudolf von. *Sul fondamento della protezione del possesso*, pág. 36/37; *Teoria Simplificada da posse*, pág. 12. BESSONE, Darcy. *Op. cit.* pág. 87.

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, Vol. V, pág. 36.

⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Direitos Reais*. 8 ed. Salvador: Podivm, vol. 5, 2012, pág. 66.

como Tito Fulgêncio,⁵⁰ Tito Lívio Pontes⁵¹ e Clóvis Beviláqua, professam este entendimento.

O pensamento segundo a qual o Código Civil de 1916 (e, por conseguinte, o de 2002), tenha adotado a teoria objetiva de Ihering disseminou-se devido à conjugação de fatores abaixo narrados.

No primitivo projeto de Código Civil apresentado pelo senador Joaquim Felício dos Santos em 1882, a teoria subjetiva era marcante e conformava toda a teoria possessória.⁵² A redação do art. 1.358 do projeto era a seguinte: *Se diz possuidor, aquelle que, com o animo de proprietário, detém uma coisa ou exerce um direito, ou detenha a coisa, ou exerça o direito por si ou por outrem em seu nome. Tal detenção da coisa ou exercício do direito se diz posse.*⁵³ Aqui, a inspiração em Savigny era ululante, como demonstra a expressão *com animo de proprietário* contida no texto. Entretanto, projeto de Joaquim Felício não teve seguimento no legislativo devido aos acontecimentos que antecederam a Proclamação da República.

Já na República, o projeto de Código Civil de Coelho Rodrigues, de 1890, tinha a mesma orientação, ou seja, era flagrantemente marcado pela teoria subjetiva, havendo menção expressa ao *animus domini* em diversos artigos. O art. 1.325, por exemplo, possuía a seguinte redação: *A aquisição normal da posse resulta: § 1º Da manifestação de um poder material sobre a coisa. § 2º Da vontade do detentor de exercer esse poder no seu próprio interesse.*⁵⁴ Apesar da redação do § 2º apontar para uma suposta influência da teoria de Savigny, Coelho Rodrigues declarava na introdução ao seu *Projeto de Código* que rompia tanto com a tradição romanística como também com a teoria subjetiva.⁵⁵ Entretanto, a redação dos dispositivos concernentes à posse parecia indicar o contrário, ou seja, Coelho Rodrigues falou o que não fez e fez o que não falou.

⁵⁰ FULGÊNCIO, Tito. *Op. cit.* pág. 9.

⁵¹ PONTES, Tito Lívio. *Op. cit.* pág. 23.

⁵² Para uma análise mais profunda do histórico da codificação, Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, págs. 01/96. MEIRA, Sílvio. *Clóvis Beviláqua. Sua vida. Sua obra*. Fortaleza: Editora da Universidade Federal do Ceará, 1990.

⁵³ BRASIL. *Projeto do Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, pág. 138. Disponível em: <<file:///C:/Users/DOCUMENTOS/Downloads/000010743.pdf>>. Acesso em: 20 set 2016. O artigo citado refere-se ao Projeto de Código Civil apresentado por Felício dos Santos em 1882, e não ao *Apontamentos*, de 1881, rejeitado pela Comissão Revisora.

⁵⁴ BRASIL. *Projecto do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893, pág. 163. Disponível em: <<file:///C:/Users/DOCUMENTOS/Downloads/000006956.pdf>>. Acesso em 21 set 2016.

⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, págs. 183.

Quanto a este projeto de Código, foi repelido em 1893 pelo governo provisório de Floriano Peixoto. Apenas como curiosidade histórica, anota-se que Coelho Rodrigues não recebeu do governo republicano os honorários prometidos pela confecção do projeto, entrando posteriormente com ação judicial de cobrança.⁵⁶

Dados os limites demasiado estreitos da dissertação, não se mostrou viável uma pesquisa histórica nos anais do Congresso Nacional a fim de se concluir em qual diploma estrangeiro Joaquim Felício dos Santos e Coelho Rodrigues teriam se inspirado para adotar o modelo savignyano de posse, muito menos como fizeram para encontrar a redação dada aos textos de seus projetos. Pode ser, inclusive, que não tenham se inspirado em diploma algum.

As comparações com os códigos vigentes à época demonstram que Joaquim Felício dos Santos e Coelho Rodrigues não se inspiraram nos códigos da França, da Espanha, de Portugal (Código de 1867) ou da Argentina, muito em voga naquele período. Todavia, não há dúvida que, em ambos os projetos de Código, fazia-se referência ao *animus* mediante expressões equivalentes em língua portuguesa, tais como *vontade do detentor*, *animo de proprietário* etc., tudo demonstrando que a doutrina de Savigny exercia grande influência nos juristas brasileiros.

Frustradas as tentativas de codificação levadas a cabo por Joaquim Nabuco (que falecera antes de concluir seu trabalho), Joaquim Felício dos Santos (cujo projeto não foi levado adiante pelo Legislativo) e Coelho Rodrigues (cujo projeto foi rejeitado pelo governo de Floriano Peixoto), a missão de confeccionar o novo código recaiu ao então pouco conhecido Clóvis Beviláqua.

No que interessa a nossa pesquisa, e em especial a este primeiro capítulo, ficou evidente que Clóvis Beviláqua, ao menos como professor e estudioso da matéria, era abertamente adepto às concepções objetivistas de Ihering. Nas *Observações para Esclarecimento* ao Projeto de Código Civil apresentado em 1889, bem como em seu *Direito das Coisas*, resta imanente seu convencimento em favor da teoria de Ihering.⁵⁷ Afirma ele que o Código Civil brasileiro teria adotado o entendimento segundo a qual a posse seria a exterioridade do domínio, pressuposto de fato da valorização econômica da propriedade, sendo este, aliás, o fundamento da proteção possessória, no que estaria de

⁵⁶ MEIRA, Sílvio. *Clóvis Beviláqua. Sua vida. Sua obra*. Fortaleza: Editora da Universidade Federal do Ceará, 1990.

⁵⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. Vol. I. Brasília: Editora do Senado Federal, pág. 17, 23/28 e, em especial, o § 7º e 8º. Disponível em: <[file:///C:/Users/DOCUMENTOS/Downloads/000667968V1%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/DOCUMENTOS/Downloads/000667968V1%20(1).pdf)>. Acesso em: 14 jun 2016.

acordo com a doutrina que Ihering expressava no *Sobre o Fundamento da Proteção Possessória*.⁵⁸

O grande peso que a autoridade doutrinária de Clóvis Beviláqua exercia na formação do pensamento jurídico nacional certamente contribuiu para disseminar a ideia quase unânime segundo a qual, em matéria de posse, o Brasil teria adotado a teoria objetiva de Ihering. Este ponto merece melhor análise.

No projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua, a redação do art. 565 era a seguinte: *Considera-se possuidor todo aquele que se acha em situação de fato correspondente ao exercício pleno ou limitado da propriedade*.⁵⁹ Deve-se com isso concluir que, com semelhante redação, quisesse o jurista cearense implantar a teoria possessória por ele defendida.

Com a redação utilizada em seu projeto de código, fica claro que Clóvis Beviláqua, ao excluir qualquer referência ao *poder fático*, bem como expressões equivalentes (*poder de fato, poder sobre a coisa, poder de proprietário* etc.), fazendo excluir do projeto, também, o *animus domini* e suas expressões equivalentes (*intenção de ter a coisa como sua, possuir como seu, ter como sua*), quis realizar verdadeira profilaxia jurídica para implantar os ensinamentos de Ihering em sua pureza integral.

Clóvis Beviláqua era consciente de que a teoria de Ihering não se harmonizava quer com a noção de poder fático, quer com a noção de *animus domini*.⁶⁰ Segue-se, pois, que Clóvis Beviláqua arquitetou seu projeto de código para espelhar o mais fielmente possível a doutrina objetiva.

Entretanto, durante a tramitação do projeto, além da necessária renumeração dos artigos, houve substancial modificação no texto, em especial no tocante ao conceito de possuidor. Abre-se um parêntese para esclarecer que, ao contrário de outras legislações, como a portuguesa (art. 1251), o Código Civil brasileiro de 1916 e o de 2002 não conceituaram posse. No Brasil, o conceito de posse pode ser inferido do conceito de possuidor (arts. 485, CC/1916; 1196, CC/2002), do modo de aquisição possessória (arts. 493, CC/1916; 1204, CC/2002) e do modo de perda possessória (arts. 520, CC/1916; 1223, CC/2002). A posse em si não foi conceituada.

⁵⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.* § 5º e 7º.

⁵⁹ Retirado de FULGÊNCIO, Tito. *Op. cit.* pág. 10.

⁶⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.* pág. 23/28. A simples leitura das páginas citadas confirma a assertiva feita no parágrafo. Mas se isso não bastasse, parece claro que Clóvis Beviláqua não poderia haver traduzido *A hospitalidade do passado* para a língua portuguesa sem haver conhecido profundamente as demais obras de Ihering.

Ocorre que, durante a tramitação do projeto, o art. 565 acabou se transformando no art. 485 do Código Civil de 1916, cuja redação é significativamente diversa da redação original de Clóvis Beviláqua. Eis a redação do dispositivo: *Art. 485 – Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade.*

O que há de diferente entre o art. 565 do Projeto e o art. 485 do Código Civil de 1916 diz respeito à expressão “*tem de fato (...) poderes inerentes ao domínio ou propriedade*”, que está presente no primeiro texto e ausente no segundo. Ao referir-se a *ter poder de fato que corresponda ao domínio ou à propriedade*, o Código Civil distanciou-se da redação original de Clóvis Beviláqua e fez uma clara remissão ao *poder fático*, tão combatido por Ihering em sua obra.

Não foi possível nesta pesquisa averiguar quando e sob quais pretextos o art. 565 do Projeto teve sua redação modificada, culminando com o art. 485 do Código Civil de 1916. A dúvida é de certa forma pertinente, pois não fica elucidada a questão relativa à alteração.

Pode ser que a modificação do texto fosse fruto unicamente de uma emenda de redação, no intuito de promover melhorias gramaticais e de estilo. Pode ser, também, que a emenda fosse de mérito, ou seja, que o art. 565, no entendimento dos revisores, devesse ser modificado para albergar outra teoria para a posse.

O alcance da pesquisa não permitiu saber se a alteração do texto do art. 565 foi realizada com objetivos gramaticais ou de mérito, muito menos se a modificação foi implementada pela Comissão Revisora, pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado. Antes de ser formalmente discutido pelo legislativo, o projeto foi submetido à Comissão Revisora, composta de juriconsultos notáveis da época.⁶¹ A Comissão realizou cinquenta e um encontros para discuti-lo. Depois, realizou outras nove sessões contando com a presença do próprio Clóvis Beviláqua.⁶²

Remetido o projeto de código para a Câmara dos Deputados, garantiu-se ampla participação da comunidade jurídica por intermédio de uma modificação do Regimento Interno da casa. Juriconsultos de renome, faculdades de Direito, órgãos do Poder

⁶¹ Nomes como Lafayette Rodrigues Pereira, Rui Barbosa, Coelho Rodrigues, dentre outros, compunham a Comissão. Sobre o tema, cf. SALGADO, Gisele Mascarelli. *Discussões Legislativas do Código Civil: uma revisão historiográfica*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=10972>. Acesso em: 22 set 2016.

⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, págs. 83/87.

Judiciário e a OAB apresentaram várias contribuições. O projeto foi analisado na Câmara, de maneira fatiada, pela chamada “Comissão dos 21”. Mesmo na Câmara, os debates foram intensos, pois a participação de notáveis, inclusive de Clóvis Beviláqua, havia sido abertamente franqueada. Coube ao deputado Luiz Domingues, do Maranhão, a análise das inúmeras emendas referentes à posse.⁶³

Já na Câmara, as matérias *posse* e *propriedade* haviam sido renumeradas para os arts. 576 a 745.⁶⁴ No Senado, montaram-se duas comissões para a análise do projeto (1908 e 1909). Ambas tiveram vários de seus membros substituídos e não conseguiram concluir seus trabalhos. Antes disso, Rui Barbosa havia apresentado seu parecer fazendo críticas aos erros gramaticais que julgava ter encontrado em praticamente todos os artigos. Por pressão do Presidente Hermes da Fonseca - que havia disputado e vencido as eleições com Rui Barbosa e fizera da aprovação do Código Civil uma de suas bandeiras de campanha -, o projeto foi remetido do Senado à Câmara, que teve de analisar 1.757 emendas, fazendo-o por intermédio de uma Comissão instituída em 1913. Após inúmeras idas e vindas da Câmara para o Senado, onde, em cada casa, passava por um infindável número de Comissões e recebia igual número de emendas, críticas e sugestões, o projeto foi aprovado no final de 1915 e publicado em 01 de janeiro de 1916.⁶⁵

Com esse pequeno relato, quer-se apenas demonstrar que, após tanta celeuma durante a tramitação do projeto de código, mostra-se praticamente inviável apontar em que momento, sob que circunstâncias e sobre quais influências a redação original do art. 565 do projeto (que realmente imprecava a teoria de Ihering) foi substituída, reescrita e renumerada para se tornar o art. 485 do Código Civil de 1916.

As alterações foram substanciais. Como informa Pontes de Miranda, dos 39 artigos que compunham o Título I, Livro II, Parte Especial, onde a posse era tratada, 17 não faziam parte do projeto original de Clóvis Beviláqua e foram acrescentados no decorrer na tramitação legislativa.⁶⁶

O fato é que, após a saraivada de emendas a que foi submetido o projeto do Código de 1916, o art. 485 ficou com a redação nitidamente inspirada no § 854 do BGB, que também insere o *poder fático* como o elemento cerne do conceito de posse. Aliás, a

⁶³ SALGADO, Gisele Mascarelli. *Ibidem*.

⁶⁴ SALGADO, Gisele Mascarelli. *Ibidem*.

⁶⁵ SALGADO, Gisele Mascarelli. *Ibidem*

⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, págs. 183.

atual redação do art. 1204 do Código Civil de 2002, que veio a substituir o artigo 493 do Código Civil de 1916, continua semelhante ao § 854 do BGB.

Portanto, a redação do art. 485 do Código Civil de 1916 em nenhum momento autorizava (muito pelo contrário, desautorizava!) que se chegasse à conclusão acerca de uma possível implementação da teoria objetiva de Ihering no Direito brasileiro.

A ideia segundo a qual o Código Civil de 1916 (e, por conseguinte, o Código Civil de 2002) tenha se filiado à teoria objetiva de Ihering partiu do próprio Clóvis Beviláqua,⁶⁷ que sempre a defendeu. Mesmo após seu projeto de Código haver sido substancialmente alterado nessa parte (para não dizer desfigurado), o jurista continuou sustentando o argumento, como se a alteração de redação nada tivesse modificado.

Por se tratar do pai da codificação, a ideia difundiu-se como verdade mais pela autoridade de quem a propalava do que pela força mesma do argumento ou da realidade das coisas. Pretendeu-se que o art. 485 albergasse a doutrina de Ihering em sua integralidade. Apenas pretendeu-se, pois o artigo fala claramente de outra coisa.⁶⁸

O Direito brasileiro não adotou quer a teoria subjetiva de Savigny ou a teoria objetiva de Ihering, muito embora ambas tenham sido essenciais para chegarmos ao estágio atual de desenvolvimento da teoria possessória.

Como será demonstrado logo adiante, no sistema brasileiro a caracterização da posse não exige nem *animus* e nem *corpus*, apenas o *poder fático*.⁶⁹ Nem *animus* e nem *corpus*; nem Savigny nem Ihering. Apenas *poder fático*, que não se confunde com o *corpus* de Savigny, nem com o *poder de fato* ou *poder físico* combatido por Ihering. Seguindo o BGB, a codificação brasileira foi cientificamente superior às demais codificações de seu tempo.

1.2.2 – Poder fático

Com certeza, a parte mal compreendida da teoria possessória brasileira fica por conta do *poder fático*, cujo conceito, alcance, limite e amplitude foram obnubilados pela voz corrente de haver-se adotado a teoria objetiva de Ihering.

⁶⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. Vol. I. Brasília: Editora do Senado Federal, pág. 26/30. Disponível em [file:///C:/Users/DOCUMENTOS/Downloads/000667968_V1%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/DOCUMENTOS/Downloads/000667968_V1%20(1).pdf). Acesso em 21 set 2016.

⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. Pág. 184.

⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo X, pág. 96/97.

Como lembra Pontes de Miranda, nem o *animus* e nem o *corpus* são elementos essenciais do *poder fático*, pois o direito contemporâneo não reduziu o fático a elementos corporais ou intelectuais. Além do mais, a diferença entre a concepção romana e a brasileira não estaria apenas na ausência do *corpus* e do *animus* como elementos do suporte fático jurídico da posse, mas na própria relação fática da posse (posse antes de entrar no mundo jurídico e tornar-se fato jurídico), pois no sistema romano a posse fática era laço entre pessoa e coisa, mas no sistema brasileiro a posse é laço entre pessoas.⁷⁰

O primeiro ponto a esclarecer é que posse, mesmo no plano fático, sem entrar no mundo jurídico como fato jurídico, é relação inter-humana, e não relação entre pessoa e coisa. A posse é relação entre o possuidor e a comunidade, isto é, relação com as demais pessoas. Por isso mesmo, relações de *tenças* entre coisas, entre animais, entre animais e coisas, entre pessoas com coisas e animais, não são relações possessórias.

Quem arquitetou a justificação filosófica adequada à posse como relação inter-humana foi Immanuel Kant na *Metafísica dos Costumes*. A ideia de que a posse sensível e a posse inteligível, além do direito de propriedade, são relações inter-humanas está claramente observável nos §§ 6º, 11 e 17.⁷¹

Um cachorro, por exemplo, não é possuidor da casinha de madeira que o dono lhe mandou construir, ou dos brinquedos que o dono lhe comprou, muito embora tenha para com estas coisas relação de *tença*. Da mesma forma, a serpente e os animais bravios não são possuidores das cavernas onde habitam; nem o João-de-Barro é possuidor da casa no topo de árvore que ele construíra. Estas relações são de *tença*, sem ser relações possessórias. Por esse motivo, é possível ao homem possuir imensas áreas de terra, ainda quando lhe falte recursos para acessá-las, visitá-las ou mesmo vê-las, pois a relação do possuidor é para com o *alter*, a comunidade, e não para com as coisas. Assim se passa porque o mundo jurídico só seleciona como posse, ainda que exclusivamente a posse puramente fática, as relações inter-humanas, deixando de fora as relações entre os homens e as coisas, ou entre os animais. A posse é relação inter-humana *erga omnes*.⁷² Essa, aliás, uma das principais diferenças com o sistema romano.

A posse, que é relação inter-humana, exige *poder fático*. Poder fático nada mais é do que o poder que corresponde ao exercício de um dos poderes inerentes à

⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* págs. 97/105.

⁷¹ KANT, Immanuel. *A metafísica dos Costumes*. A doutrina do Direito e a doutrina da Virtude. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, págs. 96/98, 105/106 e 112/115.

⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* págs. 55/56 e 61.

propriedade.⁷³ A precisão do conceito é de ser ressaltada. Poder fático não é o exercício de um dos poderes inerentes ao domínio ou à propriedade, mas sim o poder que corresponda a este exercício.⁷⁴ Quem pode, no mundo fático, exercer qualquer dos poderes que no mundo jurídico corresponda aos poderes que por direito devam ser exercidos pelo proprietário, é possuidor.

Ao titular do direito de propriedade permite o ordenamento jurídico que possa ele exercer uma série de poderes sobre a coisa. Daí já se vê que propriedade é um direito, portanto, um fato jurídico. O *locus* da propriedade é o mundo jurídico, não o mundo fático. Aqui, a diferença entre *poder*, *direito* e *exercício* é da máxima relevância.

Mais uma vez, socorre-se de Pontes de Miranda. Para este autor, os poderes jurídicos são as faculdades (de agir) contidas dentro do direito. O poder de alienar, por exemplo, está contido dentro do direito de propriedade, assim como o poder de cessão está contido no direito de crédito. O exercício de qualquer poder jurídico pressupõe o direito, que é fato jurídico.⁷⁵

O titular do direito de propriedade tem o poder de usar a coisa, retirar-lhes os frutos naturais ou civis, gravá-la, dispor dela da maneira que lhe aprouver. A doutrina convencionou mencionar que o proprietário tem o poder de usar, gozar e alienar a coisa da maneira que melhor lhe parecer. É claro que estes poderes contidos no direito de propriedade não se exercem arbitrariamente ou ilimitadamente, haja vista sofrerem as mais variadas restrições, a depender da época, da sociedade e do contexto na qual se inserem.⁷⁶

O poder jurídico que se contém no direito pressupõe a existência do direito. Poder jurídico, portanto, já é efeito de um direito; é eficácia de um fato jurídico. É preciso, pois, que haja espaço jurídico ditado pelo direito subjetivo a que se alude para que o poder jurídico exista e possa ser exercitado.⁷⁷

Como já referido, costuma-se resumir os poderes contidos no direito de propriedade no brocardo latino *proprietatis est ius utendi, ius fruendi et ius abutendi*, conforme art. 1.228 do Código Civil de 2002 (cuja redação é praticamente a mesma do art. 524 do Código Civil de 1916), e cópia fiel de um conceito de propriedade retirado do

⁷³ Conceito retirado de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* págs. 133.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Júnior. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 297 e 301.

⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XI. Atualizado por Luiz Edson Fachin. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 71/72

⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Júnior. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 157.

art. 544 do Código de Napoleão de 1804. A expressão *ius* contida no brocardo latino não poderiam significar *direito*, mas sim *faculdade*, *poder*. Correto, portanto, o Código Civil brasileiro em sua elegante redação.

Ter o poder jurídico que se contém dentro de um direito não quer dizer que o poder esteja sendo exercitado. O étimo da palavra *poder* (*pot + sedere*) informa que todo poder é mera possibilidade. Ter poder é ser capaz de fazer algo ou alguma coisa.⁷⁸

O titular do poder que se contém dentro do direito pode ou não exercitá-lo. O fato de não exercitá-lo não quer dizer que não tenha poder jurídico, ou que tenha perdido o poder que se tinha. O proprietário da coisa que não a utiliza, não deixa de ter o poder de utilizá-la.

O étimo da palavra *exercício* (*ex + arcere*, significando agir dentro de determinados limites), por sua vez, pressupõe ação (*ex*) que é realizada dentro de cercas (*arcere*).⁷⁹ Poder é a capacidade de fazer, e não o fazer em si. A existência do poder jurídico pressupõe a existência do direito subjetivo, mas não pressupõe o exercício. Se a ação é realizada sem que haja poder jurídico, ou além dele, tecnicamente não há exercício, mas sim ato ilícito, pois o exercício sempre ocorre dentro dos limites do poder jurídico. Exercer o poder jurídico contido dentro do direito é exercer o próprio direito.⁸⁰

Até agora a alusão foi feita exclusivamente ao poder jurídico. Porém, além e antes do poder jurídico, existe o poder fático. Poder fático é o poder de agir dado ao homem pelo seu livre arbítrio. Pode uma pessoa, por exemplo, sentar-se à mesa para jantar ou não, e nisso há livre arbítrio que se materializa em poder fático. Pode, também, colocar anúncio no jornal oferecendo recompensa a quem encontrar um relógio perdido. Nisso há livre arbítrio e poder fático.⁸¹ Pode ou não se utilizar da coisa. Aqui também há livre arbítrio e poder fático. Em outras palavras, o poder fático vai até onde o *livre arbítrio de conduta* seja possível. Poder fático é poder agir em conformidade com o livre arbítrio, e não o exercício do livre arbítrio. Como todo e qualquer poder, é mera possibilidade.

No poder jurídico, a faculdade de ação é determinada pelo ordenamento jurídico; no poder fático, tal faculdade de ação é determinada pelo livre arbítrio. O homem pode

⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo X. Atualizado por Luiz Edson Fachin. São Paulo: Saraiva, 2012, págs. 57 e 62.

⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VI. Atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Júnior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 180.

⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Idem*, pág. 167/172.

⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Júnior. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 156.

agir fora e além do poder jurídico, mas é-lhe impossível agir fora e além de seu poder fático.

Nem todo poder fático é poder que determine a posse. Poder fático possessório é conceito do mundo jurídico daquilo que se passa no mundo fático entre os homens (relação inter-humana). O proprietário tem diversos poderes jurídicos sobre a coisa (usar, alugar, alienar, dar em comodato, dar em usufruto, constituir servidão, dar à coisa o destino que lhe aprouver, reivindicá-la, tirar proveito econômico, vendê-la etc.). A quantidade, a extensão e os limites destes poderes são ditados pelo ordenamento jurídico. Por isso, variam e dependem da conjuntura histórico-cultural de cada povo. Se exercer ou não estes poderes jurídicos encontra-se dentro de sua esfera de livre arbítrio, mais do que poder jurídico, possui também o poder fático sobre a coisa.

Às vezes o poder jurídico é sem o poder fático, quando não existe o livre arbítrio. O proprietário da joia furtada pode querer exercer seu poder jurídico de dar a coisa em penhor, mas como não a detém, não possui o livre arbítrio de entregá-la ao credor, não possuindo poder fático sobre ela. Possui poder jurídico, mas não poder fático. Tem propriedade, mas não tem posse. O ladrão que furtou a joia pode usá-la ou destruí-la, havendo nisso livre arbítrio, muito embora não tenha permissão do ordenamento jurídico para fazer qualquer das duas coisas. Possui poder fático, mas não poder jurídico. Tem a posse, mas não tem a propriedade.

Quando o poder fático decorrente do livre arbítrio corresponde (ou seja, é igual) a qualquer dos poderes jurídicos inerentes à propriedade e ao domínio, teremos a posse. Daí a assertiva feita linhas atrás de que posse é poder fático correspondente a poder jurídico, e não poder jurídico.

Toda posse é poder fático, mas nem todo poder fático é posse. Só é posse o poder fático que corresponda a alguns dos poderes jurídicos que o ordenamento jurídico outorgou ao proprietário. É, também, poder fático que perdure.

Em resumo, a posse (1) caracteriza-se por uma relação inter-humana resultante da posição frente a um determinado objeto ou coisa; (2) recaia sobre a coisa ou parte dela, não recaindo sobre direitos; (3) é poder fático que perdure.⁸²

Há de se perguntar se todos os poderes jurídicos contidos no direito de propriedade seriam situações possessórias quando presente o poder fático. A indagação pode ser formulada de outra maneira: todo poder fático que corresponda a poder jurídico

⁸² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo VI. São Paulo: RT, 1976, pág. 84.

contido no direito de propriedade gera uma situação possessória? A resposta é negativa. Alguns poderes jurídicos do proprietário, como o poder de extração de valor financeiro por alienação da coisa, não correspondem a poderes possessórios. O poder jurídico de disposição da coisa só é poder possessório se a pessoa tem a posse prévia da coisa; caso contrário, o poder de disposição não é poder possessório. O poder de reivindicar também não corresponde a poder possessório.⁸³

Afastando-se do *animus* e do *corpus* e ficando apenas com o *poder fático*, a simplicidade da teoria brasileira teve o mérito de solucionar a contento duas questões que em outros países ensejam grandes polêmicas: o desdobramento da posse, com sua extensão e limites, e a posse *ad usucapionem*.

Quando a posse se desdobra em posse direta e indireta, ocorre o desdobramento do poder fático sobre a coisa. Na posse plena o poder fático estava concentrado. Na posse direta e indireta o poder fático foi partilhado entre duas ou mais pessoas. Quem tem a posse indireta, continua a ter poder fático. Não o poder fático pleno, mas poder fático restrito; mas, ainda assim, poder fático.

A posse indireta não é uma *posse jurídica*, ou uma *posse ficta* ou uma *ficção da lei*. O possuidor indireto tem parcela do poder fático que corresponde à propriedade. É possuidor na mais exata acepção do termo. O locador, por exemplo, tem o poder fático de colher os frutos, ao passo que o locatário tem o poder fático de servir-se da coisa. Ambos exercem, no mundo dos fatos, poderes correspondentes aos contidos no direito de propriedade. O depositário tem o poder fático de custódia da coisa; o depositante continua a poder utilizá-la quando bem que aprover. Ambos são possuidores, pois no plano fático exercem poderes inerentes ao domínio e à propriedade.

Quanto à posse *ad usucapionem*, é certo que o Direito brasileiro fazia referência (arts. 550, 551, 618 do CC/1916) e ainda o faz (arts. 1.238, 1.239, 1.240, 1260 do CC/2002) a expressões como *possuir como sua*, *possuir como seu*, *possua como sua*. Entretanto, não se deve entender que tais expressões nos remetam à ideia de que, em matéria de usucapião, teria o Código Civil adotado a teoria subjetiva de Savigny.

A usucapião é fato jurídico de suporte fático complexo em que, dentre vários elementos, encontra-se a posse. A posse *ad usucapionem* é apenas um dos elementos do suporte fático complexo do fato jurídico da usucapião.

⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo X. Atualizado por Luiz Edson Fachin. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 57.

Posse *ad usucapionem* não é a posse *como sua*. Como o objetivo da usucapião é a aquisição da propriedade, posse *ad usucapionem* é simplesmente a posse que corresponde à posse do proprietário. O usucapiente deve exercer o poder fático sobre a coisa que corresponda ao poder jurídico que exerceria caso fosse o proprietário. O *animus* não integra a posse *ad usucapionem*. O locatário não tem posse *ad usucapionem* porque a sua posse não corresponde ao poder jurídico da qual seria titular o proprietário. Neste caso, quem possui poder fático que corresponda ao poder jurídico do proprietário é o locador. Pouco importa o *animus* do locador.

Se o usufrutuário dá a coisa em comodato, nem ele e nem o comodatário tem posse *ad usucapionem*, pois o poder fático correspondente ao poder jurídico a ser exercido pelo proprietário está nas mãos do nu-proprietário, este sim titular de eventual posse *ad usucapionem*.

De todo exposto conclui-se que posse *ad usucapionem* é a posse que corresponda ao poder jurídico da qual seria titular o proprietário. Os arts. 550, 551, 618 do CC/1916 e arts. 1.238, 1.239, 1.240, 1260 do CC/2002 não devem ser interpretados como se o *animus* fosse elemento da posse.

O conceito de posse do direito brasileiro, a aludir-se somente a *poder fático* também favorece a compreensão dos institutos da *traditio brevi manu*, *traditio longa manu* e do constituto possessório. Estes temas, infelizmente, não serão desenvolvidos nessa pesquisa.

Convém, entretanto, esclarecer um último ponto relacionado ao *poder fático*. Como explicado, no Direito brasileiro a posse nada mais é do que uma particular espécie de *poder fático*: é o poder fático que corresponde a alguns dos poderes jurídicos contidos na propriedade. Essa concepção afasta qualquer possibilidade de se considerar a posse como sendo *poder jurídico* sobre a coisa. Se poder jurídico não é posse, fica desde logo afastada a possibilidade de existir *posse de direitos*.

A posse dos direitos já era defendida por Ihering.⁸⁴ Algumas legislações a preveem expressamente, como o espanhola (Código Civil espanhol, art. 430). Outras, permitem apenas a posse de direitos reais, como a italiana (Código Civil italiano, art. 1140).

⁸⁴ IHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. 2 ed. Tradução de Pinto de Aguiar. Bauru: Edipro, 2002, capítulo X.

No Brasil, ganhou muita força quando Rui Barbosa a defendeu arduamente.⁸⁵ Quando, em 1896, Rui Barbosa precisou defender 16 professores da Escola Politécnica do Rio de Janeiro que foram afastados ilegalmente de suas funções por três meses, com perdas dos vencimentos, pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores, não existia o mandado de segurança ou qualquer outro remédio jurídico processual que permitisse uma tutela provisória de urgência. Valeu-se, então, da tese da *posse dos direitos pessoais* a fim de que a Justiça do então Distrito Federal concedesse liminar determinando a *reintegração de posse* no cargo público.⁸⁶ A tese, surgiu, então, por força de uma necessidade prática: engendrar um remédio processual para fazer cessar imediatamente a ilegalidade.

Todavia, nem mesmo Clóvis Beviláqua, tão atrelado aos ensinamentos de Ihering, concebia que pudesse existir a posse de direitos pessoais, muito embora admitisse a existência da posse de direitos reais.⁸⁷ Como colocado, se a posse é *poder fático*, repele-se toda e qualquer possibilidade de que exista posse de direitos, sejam eles reais ou pessoais, uma vez que a posse não é poder jurídico.

1.3 - FINALIDADE INTRÍNSECA DA TEORIA POSSESSÓRIA – VIABILIZAÇÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA

Neste terceiro tópico, pretende-se analisar a função que o modelo de teoria possessória adotada no Brasil desempenha internamente, isto é, sua finalidade dentro do sistema jurídico. Será demonstrado que a teoria teve por função interna viabilizar uma tutela de evidência para a posse, alcançando tal desiderato por meio de uma superficialização da cognição vertical e por limitações à cognição horizontal.

Ultrapassado o ponto onde foram investigados a real extensão, conteúdo e limites da teoria possessória adotada no Brasil (investigação que não deixou de ser interna à posse), inicia-se uma investigação externa à posse, mas ainda interna ao mundo jurídico. Busca-se demonstrar, como já exposto, a função que a posse desempenha dentro do ordenamento. Não se trata de buscar um fundamento para a proteção possessória, como

⁸⁵ BARBOSA, Rui. *Posse de direitos pessoais*. Brasília: Caixa, 2015.

⁸⁶ A petição inicial da demanda está disponível em BARBOSA, Rui. *Posse de direitos pessoais*. Brasília: Caixa, 2015, págs. 108/140.

⁸⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.* pág. 47/48.

fizeram Savigny⁸⁸ e Ihering⁸⁹. Trata-se apenas de averiguar, por dentro da própria teoria possessória, qual o objetivo de sua criação para o ordenamento jurídico.

A primeira indagação é saber, em vista da impossibilidade de se formular um conceito único de posse que seja válido para todos os tempos e para todos os povos, se seria possível que existisse uma finalidade intrínseca buscada em todos os tempos e por todos os povos quando tratam desta matéria. Isso será averiguado mais adiante.

1.3.1 – Interditos e tutela da posse

Quanto à posse, deu-se no direito brasileiro, assim como em outros países (Alemanha, Portugal, Espanha, Argentina etc.), uma completa inversão entre *direito* e *tutela processual*. É de ordinário acontecer que primeiro o ordenamento jurídico estabeleça os contornos do direito material. Uma vez que o direito ganhe corpo dentro do ordenamento, providencia-se a tutela processual para a garantia de sua efetivação. Primeiro inaugura-se o direito dentro do ordenamento; concomitante ou posteriormente, nasce a tutela processual.

Com a posse deu-se o inverso. Por questões históricas, antes mesmo de o Brasil haver-se decidido por qualquer teoria possessória, já se sabia que os remédios processuais haveriam de ser os interditos, herança das Ordenações e, mais remotamente, do direito romano. A proteção interdital nasceu primeiro e a teoria material teve que ser construída para viabilizá-la.

A história da criação da teoria possessória resume-se a isso: plasmar uma teoria que viabilizasse a concessão dos interditos a situações específicas ditadas pelo tráfego social; mas, por outro lado, deixando de fora as outras situações em que a concessão dos interditos fosse de todo inconveniente. Quanto mais viabilizasse os interditos para situações convenientes e quanto menos os viabilizasse para situações inconvenientes, melhor seria a teoria. Aqui reside a inversão: não foi a teoria que moldou os interditos, mas os interditos que moldaram a teoria.

⁸⁸ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Op. cit.* pág. 303/306.

⁸⁹ IHERING, Rudolf. von. *Sul fondamento dellla protezione del possesso*, p. 36/56. No Brasil, Darcy Bessone refuta tantos os fundamentos da proteção possessória expostos por Savigny e R von Ihering. Para ele, o fundamento da proteção possessória é proteção à pessoa do possuidor. Sobre o assunto, Cf, BESSONE, Darcy. *Op. cit.* págs. 68/73.

No direito romano, antes mesmo do período formulário, a proteção à posse não se fazia por meio das *actiones*, mas sim por meio de um *interdictum*, que nada mais era do que um mecanismo jurídico de satisfação dos interesses do autor de uma forma mais célere e expedita que a convencional.⁹⁰ Os interditos possessórios eram espécie de um gênero mais amplo.⁹¹

Savigny informa que, no direito romano, os interditos possessórios eram em número de três: *interdicta adipiscendae, recuperandae e retinendae possessionis*.⁹² Como somente os dois últimos serviam para proteger a posse,⁹³ não faltou quem negasse à *interdicta adipiscendae* caráter possessório.⁹⁴

Não é objetivo desta pesquisa realizar uma exposição detalhada da proteção possessória no direito romano. Expõem-se apenas que os interditos *retinendae possessionis* tinham por objetivo primordial a conservação da posse, sendo *interditos de proibição*. No entanto, poderiam ter feição recuperatória, caso o interdito de proibição fosse descumprido. Subdividiam-se em interditos *utrubi* ou *uti possidentis*, conforme tutelassem coisas móveis ou imóveis, respectivamente, ambos com caráter dúplice.⁹⁵

Vários eram os interditos *recuperandae possessionis* (*interdictum unde vi, interdictum de precário e interdictum de clandestina possessione*), cada qual com serventia para uma situação específica, mas todos com um único objetivo: recuperar a posse perdida. Neles impõem-se, desde logo, a restituição da coisa e, em certos casos, uma condenação a pagar dinheiro.⁹⁶

O interdito era concedido na presença das partes sem que se exigisse qualquer tipo de prova. O pretor expedia a ordem de cumprimento (edito) imediatamente, que depois era transformada em fórmula.⁹⁷

No direito brasileiro pré-codificado, aquilo que constava no Livro III, Título LVXXVIII, § 5º das Ordenações Filipinas passou para o art. 501 do Código Civil de

⁹⁰ KASER, Max. *Direito Privado Romano*. *Op. cit.*, pág. 132 e 462.

⁹¹ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Op. cit.* pág. 295

⁹² SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Op. cit.* pág. 296 e ss. Para uma análise mais profunda dos interditos no direito romano, Cf, NOBREGA, Vandick Londres da. *Op. cit.* págs. 227/230. KAZER, Max. *Op. cit.* págs. 132/136, 462/464. IHERING, Rudolf von. *Sul fondamento dellla protezione del possesso*. *Op. cit.* págs. 56/109.

⁹³ KASER, Max. *Ibidem*.

⁹⁴ SAVIGNY, Friedrich Karl. von. *Op. cit.* pág. 297.

⁹⁵ NOBREGA, Vandick Londres da. *Op. cit.* págs. 227/229. KAZER, Max. *Op. cit.* págs. 132.

⁹⁶ NOBREGA, Vandick Londres da. *Op. cit.* págs. 227/229. KAZER, Max. *Op. cit.* págs. 133/135.

⁹⁷ VÍCOLA, Nivaldo Sebastião. *Os interditos possessórios nas Ordenações Filipinas*. Revista eletrônica do Centro Universitário FMU/SP, pág. 102/114. Disponível em: <<http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/149/203>>. Acesso em: 29 set 2016.

1916.⁹⁸ Por outro lado, a proteção possessória também era garantida pelo Livro IV, Título LVIII. O Decreto 737/1850, por se tratar de regulamentação do Código Comercial, não disciplinou as ações possessórias. O Código de Processo Civil de 1939, quando tratou do tema (art. 371/383), não fez maiores exigências ao demandante do que a prova de sua posse, da turbação ou violência praticada pela parte contrária e da data da moléstia (art. 371). As mesmas exigências foram reiteradas no Código de Processo Civil de 1973, arts. 920/933. O atual Código de Processo Civil (arts. 554/568) não trouxe inovações significativas quanto a este tema. O art. 561 exige apenas, para a procedência do pleito possessório, aquilo que já era exigência formulada nos arts. 371 e 927 dos diplomas anteriores.

No direito romano, no direito pré-codificado, no direito pós-codificação, o que sempre se buscou para a posse foi uma maneira mais célere de resguardá-la ou recuperá-la em face de agressões consideradas injustas pelo sistema.

1.3.2 – Posse e tutela da evidência

Defende-se neste trabalho que o fundamento intrínseco de toda a teoria possessória, ainda quando não se poderia falar de uma teoria propriamente dita, foi sempre o de criar um mecanismo de *tutela de evidência* para a posse.

Perceba-se que a nomenclatura *tutela de evidência* é relativamente recente dentro do sistema processual. Por óbvio que os romanos e os primeiros codificadores não a conheciam. Embora não a conhecessem, era isso que queriam com suas leis, seus decretos e regulamentos.

No direito processual hodierno, compreende-se por tutela da evidência a tutela de caráter provisório, de natureza satisfativa, que não possui a urgência como um de seus requisitos. É a tutela antecipada concedida pelo juiz, sem a urgência como um de seus pressupostos. Trata-se de medida judicial que tem por escopo adiantar ao demandante o resultado prático que seria obtido ao final do processo, sem que seja preciso demonstrar o perigo na demora. É a tutela antecipada que pode ser concedida independentemente do perigo.⁹⁹ Tutela de evidência é gênero de tutela antecipada¹⁰⁰.

⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pág. 185.

⁹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016, pág. 167.

¹⁰⁰ Utilizamos o termo tutela antecipada, e não tutela provisória – como prefere o CPC atual – para deixar mais claro que se trata de uma tutela satisfativa.

Poder-se-ia argumentar que a proteção possessória nunca prescindiu da demonstração do *periculum in mora*. Basta pensar na hipótese do possuidor que, esbulhado do imóvel, seja proprietário e possuidor de vários outros: pode ele esperar tranquilamente pelo julgamento final do processo. Ainda assim, a proteção possessória é cabível *in limine litis*. Conforme anota Fernando Gajardoni, embora exista certo dissenso doutrinário sobre o tema, a natureza jurídica da liminar possessória não é outra senão a de uma autêntica tutela provisória de evidência, pois o a tutela possessória é viável ainda que o lesado não demonstre o dano grave ou de difícil reparação.¹⁰¹

Mesmo naquelas situações em que a liminar não houvesse sido concedida (por exemplo, ação possessória de força velha) e o processo houvesse de ser levado adiante para final julgamento, a tutela final seria obtida seguindo os preceitos estabelecidos pela teoria material da posse. Isso quer dizer que, mesmo sem liminar, a demanda possessória é mais célere e expedita, com demonstração probatória extremamente simplificada se comparada a uma demanda petitória ou às demais ações ordinárias.

A teoria da posse, tornando a posse um fato evidente, permitiu que essa *evidência de conformidade com o direito* fosse tutelada de maneira diferenciada. Ou seja, toda a teoria possessória foi urdida para viabilizar à posse uma tutela de evidência, mesmo em uma época em que o direito processual sequer havia despontado como ramo da ciência jurídica.

De que forma a teoria da posse viabilizou a tutela de evidência? Defende-se neste trabalho que a tutela de evidência foi viabilizada porque a teoria da posse *limitou a cognição processual horizontal e superficializou a cognição vertical*.

Embora não seja nosso objetivo analisar as diversas espécies de cognição judicial e de tutela processual, frisa-se que o ordenamento jurídico, por questões diversas, pode utilizar-se de expedientes como a técnica de cognição parcial, que limitam horizontalmente o objeto cognoscível do processo, restringindo os limites da lide ou do direito de defesa, bem como da técnica da cognição sumária, que consiste em permitir decisões judiciais com análise superficial da prova.¹⁰²

¹⁰¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JÚNIOR, Zumar Duarte de. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*. Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2016, págs. 937 e 947.

¹⁰² Para uma análise mais aprofundada, Cf, WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000, pág. 111/145. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11 ed. São Paulo: RT, 2009, pág. 31/40.

Como expõe Luiz Guilherme Marinoni, a técnica da cognição parcial, que limita horizontalmente o objeto cognoscível do processo, só pode ser compreendida no plano do direito material, onde se pode observar a *ideologia do procedimento*. Segundo assevera, a técnica da cognição parcial privilegia os valores urgência e celeridade, permitindo que a tutela processual surja, com força de coisa julgada material, em tempo significativamente inferior se comparado com as demandas normais.¹⁰³

Em matéria de posse, a cognição processual sempre foi horizontalmente limitada pela sua teoria. Basta que se veja, por exemplo, os arts. 923 do CPC/1973 e 557 do CPC/2015, que proíbem a concomitância de demandas possessórias e petições. Trata-se de impor limites à extensão e à amplitude dos elementos objetivos do processo.¹⁰⁴

Na técnica da cognição sumária (que limita verticalmente a cognição¹⁰⁵) o que há de especial na teoria da posse diz respeito à *superficialização da cognição exauriente*. Com a teoria da posse, o mérito da demanda resumiu-se à verificação da *melhor posse em face de outrem*, ou seja, o processo possessório resume-se basicamente na *verificação probatória de quem tem a posse justa ou injusta em face de outrem*. Não se trata, aqui, de uma limitação vertical à cognição judicial, pois todo meio de prova, em sendo lícito, continua admissível. O que ocorre é que até uma análise probatória rasa permite cognição exauriente.

Nesta pesquisa, denominamos este fenômeno de *superficialização da cognição exauriente*.¹⁰⁶ Adverte-se que a *superficialização da cognição exauriente* é viabilizada pelo direito material e não o contrário.

Em matéria possessória, a cognição exauriente superficializou-se de tal forma que o demandante, apenas por afirmar e lastrear minimamente a existência da agressão à posse na petição inicial, já teria apresentado todos os elementos probatórios suficientes para o julgamento procedente da demanda. Todavia, como o juiz não poderia julgar sem dar contraditório à parte contrária, antecipa a tutela com base na evidência do direito. A superficialização da cognição exauriente permitiu que a tutela de evidência se tornasse regra geral das demandas possessórias. Por causa dela, a distância entre a cognição sumária e a cognição exauriente tornaram-se extremamente curtas.

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* pág. 32.

¹⁰⁴ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.* pág. 111/112.

¹⁰⁵ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.* pág. 125/128.

¹⁰⁶ O que aqui denominamos de superficialização da cognição exauriente não se confunde com as limitações no plano vertical da cognição, como na técnica da cognição parcial própria das cautelares e antecipações de tutela. Quer-se apenas expor a ideia de que a superficialização da cognição exauriente em matéria possessória permitiu uma cognição sumária muito próxima da cognição exauriente.

A limitação da cognição horizontal e a superficialização da cognição exauriente fazem parte de uma *ideologia do procedimento*. Sacrifica-se um grau maior de certeza, com a qual se buscaria alcançar o valor da justiça material, em prol de uma celeridade na resolução da lide. E nunca é demais perguntar a quem interessa, quem se beneficia e quem se prejudica com a limitação da cognição.¹⁰⁷

Existe uma propensão universal de toda e qualquer teoria possessória em criar uma *evidência de conformidade com o direito*, outorgando tutela de evidência para a defesa da posse. Comprovam isso o Código Civil português (arts. 1268, 1276/1286), alemão (BGB, § 861/864), italiano (arts. 1168/1170), espanhol (art. 446), dentre outros.

Esta é, pois, a finalidade intrínseca de toda e qualquer teoria relativa à posse, quer seja no Brasil, Portugal, Alemanha, Itália ou Espanha, além de muitos outros países: torná-la evidente e permitir que essa *evidência de conformidade com o direito* recebesse tratamento privilegiado e diferenciado em face das demais situações jurídicas presentes no sistema.

Se essa proteção se dava *in limine litis* ou ao final do processo, isso é de pouca importância, pois a proteção possessória, numa e noutra hipótese, é sempre privilegiada e diferenciada em relação às demais situações jurídicas. Os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 conheciam e outorgavam a tutela de evidência para algumas situações excepcionais. As ações possessórias e as ações de alimentos eram exemplos disso. Todavia, eram situações excepcionais, pois como regra a tutela de evidência não era admitida. Em 1994, a Lei nº 8.952 modificou o art. 273 do CPC/73 para permitir a tutela de evidência por abuso no direito de defesa. Contudo, foi somente no Código de Processo Civil de 2015 que a possibilidade de se tutelar por evidência toda e qualquer situação jurídica generalizou-se como regra geral do sistema processual (CPC, art. 311).

A generalização da tutela de evidência como regra geral do sistema processual leva à indagação referente à necessidade de continuarem a existir (1) uma teoria para a posse ou (2) os interditos possessórios.

Quanto ao ponto (1) a resposta é elementar. Embora a tutela de evidência tenha se generalizado, a teoria da posse ainda se faz necessária, pois é ela que permitirá a *evidência de conformidade com o direito* indispensável à tutela diferenciada. Sem ela, não existiria evidência a ser tutelada. A superficialização da cognição exauriente só é possível devido às peculiaridades do direito material.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* pág. 32.

Quanto ao ponto (2), percebe-se que no modelo de tutela de evidência adotado pelo CPC (art. 311), a *conformidade com o direito* é demonstrada pelo abuso de defesa da parte contrária (inc. I) ou por prova documental suficiente à comprovação do direito (incs. II, III e IV). Na posse, as exigências formuladas desde o período romano e, no Brasil, desde as Ordenações (Livro III, Título LVXXVIII; Livro IV, LVIII das Ordenações Filipinas; CPC/1939, art. 371; CPC/1973, art. 827; CPC/2015, art. 561) são mais benéficas, pois nunca exigiram prova documental.

Isso quer dizer que a tutela da evidência para a posse é substancialmente diferenciada do regime geral de tutela da evidência implementado pelo CPC/2015. As diferenças são de cunho vertical e horizontal. Nos interditos, a teoria da posse fez com que a *evidência de conformidade com o direito* se mostrasse clara mesmo sem a existência de prova documental (diferença vertical). Por outro lado, a tutela definitiva de mérito também exige menores requisitos (diferença horizontal), fruto da superficialização da cognição vertical. Em rigor, a única diferença probatória entre a tutela provisória e a tutela definitiva da posse fica por conta da comprovação do prazo de ano e dia, exigível para a primeira e inexigível para a segunda.

Por outro lado, os interditos sempre fizeram parte de nossa cultura jurídica. Sua manutenção do sistema processual justifica-se não apenas por razões de ordem jurídica, mas também por motivos de ordem histórico-culturais.

Em resumo, a finalidade intrínseca que motivou a teoria possessória - consubstanciada na necessidade de se viabilizar uma tutela de evidência -, ainda permanece inalterada nos dias atuais. Do ponto de vista estritamente jurídico, a teoria da posse justifica a si mesma e, também, legitima a existência dos interditos possessórios, viabilizando a tutela de evidência por intermédio da superficialização da cognição exauriente e limitação horizontal à cognição judicial.

1.4 - FINALIDADE EXTRÍNSECA DA TEORIA POSSESSÓRIA – TRANSFORMAÇÃO DA POSSE EM MERCADORIA E MANUTENÇÃO DE DESIGUALDADES SOCIAIS

Inferido que a teoria da posse tornara possível uma tutela de evidência, passa-se agora à análise de sua função externa ao mundo jurídico. Temos por objetivo demonstrar que a teoria da posse viabilizou a entrada da posse no modo de produção capitalista, transformando-a em capital, tornando-a produto dentro do mercado de consumo. Isso

possibilitou, também, a manutenção e a perpetuação de desigualdades sociais, em especial a concentração fundiária, conforme será exposto adiante.

De um ponto de vista extrínseco, isto é, externo à ordem jurídica, a teoria da posse pode justificar-se sobre os mais variados aspectos. Sua finalidade pode ser vista, por exemplo, de um ponto sociológico, filosófico, histórico, cultural etc.. Não é objetivo desta pesquisa analisar todos estes aspectos. Busca-se apenas investigar uma especial finalidade de sua vertente econômica.

Na economia, a que se prestou a teoria da posse? A ideia que será exposta nas páginas seguintes é simples, muito embora sua justificativa completa demandasse pesquisa mais extensa, impossível se ser realizada neste momento. A teoria possessória, abraçada pelo Código Civil de 1916 e 2002, possibilitou a transformação da posse em mercadoria, inserindo-a definitivamente no modo de produção capitalista, atualizando-a ao liberalismo econômico e político que já estava consolidado no século XIX.

Mais do que isso, possibilitou que a terra, transformada em modo de produção e em capital, continuasse concentrada nas mãos de um pequeno número de pessoas, contribuindo para o surgimento de um imenso abismo social.

1.4.1 – Antecedentes

O Código Civil fez com a posse o mesmo que a Lei de Terras (Lei nº 601/1850) fez com a propriedade¹⁰⁸: transformou uma instituição jurídica historicamente situada em mercadoria, tudo para fazer cumprir as diretrizes do modo de produção capitalista.

Não nos esqueçamos de que a posse, como toda e qualquer instituição humana, é historicamente situada e insere-se dentro de um contexto maior de lutas, dominação e acesso ao poder. Reflete, portanto, os ideais dominantes de um determinado momento histórico.

O recorte que se pretende fazer inicia-se pouco antes da Lei de Terras de 1850. Como explica Valcir Gassen, do início da Lei de Sesmarias (em especial a partir de 1530, com a terceira carta régia concedida a Martin Afonso de Souza), até a Resolução de

¹⁰⁸ A ideia de que a Lei de Terras de 1850 veio para fazer uma atualização da propriedade fundiária, transformando-a em mercadoria e inserindo-a no contexto determinado pelo modo de produção capitalista é corroborado por WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 124/135. Analisando o tema de maneira profunda, temos GASSEN, Valcir. *A lei de terras de 1850 e o direito de propriedade*. Dissertação de mestrado. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/76176/96758.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 03 out 2016.

Consulta da Mesa do Desembargo do Paço de 17 de julho de 1822 (que pôs fim ao regime), a posse da terra foi se firmando como uma forma paralela e legítima de aquisição da propriedade. De 17 de julho de 1822 a 18 de setembro de 1850, data da promulgação da Lei de Terras, as posses e as ocupações ficaram sendo as únicas formas de aquisição da propriedade. Por um período de quase três décadas, a tomada da posse era a regra para a aquisição do domínio.¹⁰⁹

A posse, que surgiu paralelamente ao regime das sesmarias, acabou por triunfar após trezentos anos de embates. Anota-se que, ao longo de todo esse tempo (tempo das sesmarias), ainda não se havia elaborado, no Brasil ou no mundo, uma teoria para a posse. Lembre-se que a fase teorizante só foi inaugurada por Savigny em 1803. Então, em sua pureza, posse não era *poder fático*, mas sim *poder de fato* sobre a coisa. Não era relação inter-humana, mas relação entre homem e coisa. A propriedade fundiária aos poucos tornou-se sinônima de posse, que por sua vez era sinônima de ocupação.

Daí porque, nesse período, a posse representou a vitória dos pequenos colonos, dos lavradores humildes (que cultivavam a terra com o seu trabalho e de sua família), sobre os latifundiários sesmeiros. Seja por falta de capital, seja por falta de mão de obra capaz de explorá-la, era impossível ao possessor cuidar, lavrar e cultivar extensas áreas de terras. Por esse motivo, as posses eram sempre pequenas e familiares, posto que exploradas com a força de trabalho da família. A posse representava a pequena propriedade agrícola, a sesmaria, por sua vez, o latifúndio.¹¹⁰

Ruy Cirne Lima esclarece que a convivência paralela entre o regime de sesmarias e o regime de posses dentro do sistema jurídico em vigência foi possibilitada pela Lei da Boa Razão de 1769, que dava ao colono que cultivasse as terras abandonadas, consideradas terras de *fogo-morto*, o direito de não ser expulso pelo senhorio da herdade. Além do mais, a Provisão de 14 de março de 1822 não permitia a medição e demarcação de sesmarias em prejuízo dos possuidores que efetivamente houvessem cultivado a terra, determinando que a posse prevalecesse em relação às sesmarias. A posse legitimava-se como modo de aquisição da propriedade não pela ocupação em si, mas pelo aproveitamento e cultivo da terra.¹¹¹

¹⁰⁹ GASSEN, Valcir. *Op. cit.* pág. 170.

¹¹⁰ LIMA, Ruy Cirne. *Pequena história territorial do Brasil*. Sesmarias e terras devolutas. Fac-símile da 4ª edição. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990, pág. 51/52. GASSEN, Valcir. *Op. cit.* pág. 171.

¹¹¹ LIMA, Ruy Cirne. *Op. cit.* pág. 51/59; GASSEN, Valcir. *Op. cit.* pág. 173. Para uma análise mais aprofundada das diferenças entre os regimes de sesmarias e posses, Cf., GASSEN, Valcir. *Op. cit.* pág. 175/176.

Ressalta-se que, nesse período, a posse não se confundia com a *occupatio* do período romano, no sentido de que o apoderamento puro e simples do imóvel fosse capaz de conferir o domínio. A posse só era reconhecida como tal se lhe seguisse o aproveitamento produtivo do solo. A posse exigia *cultura efetiva*. É disso que trata a Provisão de 14 de março de 1822 e os arts. 5º e 8º da Lei de Terras de 1850.¹¹² Foi nesse contexto que surgiu a Lei de Terras de 1850. Trata-se de uma tentativa do Estado de retomar o controle e reafirmar seu poder sobre a propriedade do solo.

O art. 4º da Lei de Terras de 1850 revalidava as sesmarias e outras concessões do governo federal. Segundo a lei (art. 3º, § 2º), as sesmarias poderiam ser confirmadas caso obedecessem a três condicionantes, quais sejam, deveriam ser (1) medidas e (2) ratificadas pelo governo português, além de (3) serem cultivadas.¹¹³

A medição das sesmarias era inviável, em face da ausência de *geômetras* que pudessem realizar o trabalho. A confirmação, por sua vez, refletia uma centralidade excessiva de Portugal sobre o Brasil. O art. 4º da Lei de Terras de 1850 veio a permitir que as sesmarias que se achassem cultivadas, funcionando como moradia habitual do sesmeiro, concessionário ou representante, poderiam ser confirmadas, independentemente de preencherem ou não os requisitos da medição e da confirmação.¹¹⁴

Os artigos 5º e 8º da Lei de Terras de 1850 admitiram que o regime de posse também servisse de instrumento para a regularização fundiária ao permitirem que o posseiro fosse alçado à categoria de dono da terra. Os arts. 1º, 2º e 3º vieram para conceituar as terras devolutas (art. 3º), declarando-as de propriedade do Império português (art. 1º) criminalizando a conduta de o particular delas se apoderarem (art. 2º).

A Lei de Terras de 1850 não se voltava para o passado. Muito pelo contrário. Quando olhou para o passado, foi com vistas a controlar o futuro. O art. 1º já resumia todo o desiderato da lei: “Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra”.¹¹⁵

Enfim, o modo de produção capitalista exigia que o uso do solo fosse estruturado com base na propriedade privada. A Lei de Terras de 1850, ao conceituar as terras devolutas (declarando-as propriedade do império); ao aviventar os marcos tão apagados entre o patrimônio público e o privado; ao permitir a alienação da propriedade pública;

¹¹² LIMA, Ruy Cirne. *Op. cit.* pág. 52/53. O autor cita, entretanto, acórdão de 22 de maio de 1907, do STF, relatado por Epitácio Pessoa, que preceituaria entendimento contrário.

¹¹³ LIMA, Ruy Cirne. *Op. cit.* pág. 64/65.

¹¹⁴ LIMA, Ruy Cirne. *Op. cit.* pág. 64/65. VALCIR, G. *Op. cit.* pág. 184.

¹¹⁵ LIMA, Ruy Cirne. *Op. cit.* pág. 67.

ao tentar organizar a distribuição de terras aos particulares; ao revalidar as sesmarias; ao legitimar a posse com cultura; ao permitir a hipoteca para segurança do crédito; ao transformar toda essa miscelânea de situações diversas em propriedade negociável, nada mais fez do que cumprir com este papel.¹¹⁶

Como o modo de produção exigia que a sociedade se estruturasse com base na propriedade privada, nada mais lógico do que transformar a terra em propriedade e, pois, em mercadoria. A terra, mais do que meio de produção, haveria de se tornar *capital*. Foi este o desiderato inconfesso da Lei de Terras de 1850.

A Lei de Terras de 1850 faz parte de uma realidade muito mais complexa. Por que a Lei de Terras em 1850? Valcir Gassen responde que, neste período, era necessário não apenas a consolidação do modo de produção capitalista, estendendo-o ao campo por intermédio da mercantilização da terra, mas também substituir-se o trabalho escravo pela mão-de-obra livre. Ao contrário dos europeus, a produção capitalista brasileira iniciou-se no meio rural, com o cultivo em larga escala de monoculturas que utilizavam mão-de-obra escrava. Essa situação era limitadora do capital industrial, urgindo-se por cobro a ela. A Lei de Terras de 1850, então, tinha por objetivo acabar com o sistema econômico escravista, preparando o palco para que a substituição da mão-de-obra ocorresse de tal forma que a terra, agora transformada em capital, não fosse apropriada quer pelos escravos libertos, quer pelos colonos estrangeiros.¹¹⁷

A Lei de Terras de 1850 teve o sucesso desejado? A resposta depende, e muito, do ângulo com que se olha a questão. Se levarmos em conta apenas a necessidade de regularização fundiária, fato é que os efeitos da Lei não foram os esperados. A falta de estrutura pública para levar o serviço adiante e o emperramento da máquina imperial impediram que a tarefa fosse levada a contento. Como explica Ruy Cirne Lima, o sistema de colonização da Lei de 1850, em especial o modelo adotado para a alienação das terras devolutas e os caracteres da concessão destas terras, a forma de ratificação das sesmarias e legitimação das posses, aliados ao desaparelhamento do Império para levar adiante a tarefa, culminou por não se fazer efetiva a titulação da terra.¹¹⁸

Quando o assunto diz respeito ao suporte necessário à ascensão do modo de produção capitalista, com a transformação da terra em meio de produção e em capital,

¹¹⁶ GASSEN, Valcir. *Op. cit.* pág. 180 e 194.

¹¹⁷ GASSEN, Valcir. *Op. cit.* pág. 195/223.

¹¹⁸ LIMA, Rui Cirne. *Op. cit.* pág. 101/103. O autor deixa claro que, nessa época, o título da terra já era um verdadeiro modo de aquisição da propriedade, independentemente de seu registro do cartório de imóveis.

com a concentração deste capital nas mãos exclusivas das elites, o sucesso da Lei de Terras foi significativo, muito embora não tenha sido absoluto. Justamente pelo sucesso relativo da Lei de Terras de 1850 quanto a este ponto, foi necessário construir a *teoria da posse* tal qual hoje a conhecemos.

1.4.2 – A que se prestou a teoria da posse?

Como a Lei de Terras de 1850 não foi implementada em sua integralidade, em especial no tocante à titulação, houve a imperiosa necessidade de se buscar outros caminhos para a consecução dos mesmos desideratos. Não sendo possível a eliminação por completo da posse, com sua conversão em propriedade titulada, convinha que ela se adaptasse aos novos tempos.

A Lei Eusébio de Queirós (1850), que pôs fim a tráfico de escravos, e a Lei do Ventre Livre (1871) prenunciavam que a abolição da escravatura não tardaria a acontecer (Lei Áurea de 13 de maio 1888), trazendo consigo um rearranjo das forças produtivas.

Como já explanado, a Lei de Terras de 1850 falhou no tocante à titulação das propriedades. Na prática, isso tornou inviável o cumprimento das diretrizes previstas nos arts. 1º e 2º. Em 1916, quando a teoria da posse ingressou no sistema (o que se deu por intermédio do Código Civil), por um passe de mágica a posse de imensos latifúndios passou a ser reconhecida e protegida.

Com o novo Código Civil, a posse passa a ser relação inter-humana. Não é poder de fato sobre a coisa, mas *poder fático que corresponde a um dos poderes contidos no direito de propriedade ou no domínio*. Sobre este ponto, já tecemos as considerações necessárias.

O fato é que a teoria da posse como *poder fático* possibilitou que a apreensão de imensas glebas de terras fosse reconhecida e legitimada. Era a certidão de regularidade conferida pelo ordenamento jurídico. Se a burocracia estatal não permitiu que estes grandes latifúndios fossem legalizados por intermédio da titulação, tal qual estabelecia a Lei de Terras de 1850, a teoria da posse permitiu que obtivessem a proteção jurídica através dos interditos.

Este ponto é de fundamental importância para explicar a continuação e ampliação da concentração fundiária no Brasil. Passadas ao ordenamento como posses legítimas e reconhecidas pelo sistema, o mecanismo de tutela de evidência possibilitou que fossem defendidas pelo mecanismo mais poderoso e eficiente então já imaginado: a

defesa interdital. Assim falamos porque, ao lado da ação de busca e apreensão, que protegia a alienação fiduciária (§ 8º, art. 3º do Decreto-Lei 911/69; art. 839/843 do CPC), e da ação de reintegração de posse, que protegia a compra e venda com reserva de domínio (Código Civil, arts. 521/528); afora, também, o caráter excepcional das prisões civis por dívidas, os interditos possessórios são o instrumento jurídico mais truculento e brutal posto pelo ordenamento jurídico para fazer valer um direito patrimonial.

A teoria da posse, aparelhada com a tutela de evidência, deu para os latifúndios o mecanismo mais seguro e eficaz de defesa de direitos patrimoniais reconhecido pelo sistema processual e pelo ordenamento jurídico como um todo. A defesa possessória era mais efetiva, rápida, segura e brutal do que a defesa dispensada à propriedade. Entre uma ação reivindicatória e uma ação possessória, não resta dúvida sobre o desalento e ineficiência da primeira, igualmente não pendendo dúvida sobre a força e brutalidade com que se efetivam as últimas. Em resumo, a teoria da posse não apenas tornou possível a existência de imensos latifúndios, como também lhes outorgou o mecanismo de defesa mais violento e agressivo do sistema jurídico.

Contra quem era exercida a violência dos interditos? Tivemos a oportunidade de mencionar que, na Lei de Terras de 1850, existia a possibilidade, consignada nos arts. 4º e 8º, de que fosse reconhecida a posse como instrumento para a obtenção da titulação (propriedade), bastando para tanto que fosse preenchido o requisito da “effectiva cultura” e morada habitual. Também ficou ressaltado que a quase totalidade dessas posses eram de pequenas glebas, ocupadas por pequenos colonos e lavradores humildes.

Com a teoria da posse, estes pequenos colonos e lavradores foram rebaixados de *possuidores* para *posseiros*. Dentro outros, eram eles as vítimas preferenciais da *tutela de evidência*. Para que a grande maioria dos colonos e lavradores fossem transformados de possuidores (segundo a Lei de Terras de 1850) em *posseiros* (segundo a ótica do Código Civil), quatro institutos jurídicos contidos na *teoria da posse* tiveram larga influência: o fâmulo da posse, a posse injusta, a *accessio* e a *successio possessionis*.

O fâmulo da posse, previsto no art. 487 do Código Civil de 1916 e art. 1.198 do Código Civil atual, considera como simples detentor, e não possuidor, aquele que se acha em relação de dependência para com outro, conservando a posse em nome deste, ou sob suas ordens. Infelizmente, o tamanho desta pesquisa não permite analisar a jurisprudência da época. Entretanto, a hipótese diz respeito com o fato de que, em sua grande maioria, os pequenos possuidores passaram a ser reconhecidos como simples *fâmulos da posse* do latifundiário. A ideia se robustece porque o art. 497 do Código Civil de 1916 preceituava

que os atos de mera permissão ou tolerância não induzem posse. Como era o latifundiário que permitia ou tolerava a ocupação de pequenas glebas, tal permissão ou tolerância não poderia ensejar posse. Grande parte dos pequenos possuidores, então, foram transformados em posseiros por serem considerados *fâmulos da posse*.

Por outro lado, mesmo que o pequeno possuidor não se enquadrasse na situação de *fâmulos*, ainda assim sua posse seria considerada viciosa em relação à posse do latifundiário. Para o pequeno possuidor, a obtenção da posse sempre se daria de maneira precária ou clandestina, quando não violenta, assim considerada pelo sistema (art. 489, Código Civil de 1916; art. 1200, Código Civil de 2002). Embora justa em relação aos demais, tal posse seria considerada injusta em relação à posse precedente do latifundiário. Bastava para tanto que à tomada da posse não se precedesse a realização de negócio jurídico.

Por fim, a *accessio* e a *successio possessionis* (arts. 496, *in fine*; 495/496, primeira parte, Código Civil de 1916; arts. 1207, *in fine*; 1206/1207, primeira parte, Código Civil de 1916) tiveram dupla função dentro deste sistema. No primeiro ponto que convém destacar, a *accessio possessionis* permitiu que a posse da terra, sem qualquer titulação, fosse um ativo negociável. O comprador da posse, junto com a posse, recebia também a proteção interdital contra eventuais posseiros. Foi a *accessio possessionis* que deu a segurança jurídica necessária para que a posse se transformasse em capital. Tal qual a propriedade, a *accessio possessionis*, aparelhada com a tutela de evidência da teoria possessória, transformou a posse em mercadoria, em ativo negociável, alavancando o capital de seu tenedor. Embora não fosse essa a situação ideal, a *transferibilidade negociada* da posse estava garantida e chancelada pelo sistema jurídico.

Num segundo ponto, a *accessio possessionis* também tornou irrelevante a boa-fé na compra e venda da posse realizada pelo posseiro. Quem adquirisse tal posse, adquiria, também, posse injusta em relação ao latifundiário, pois toda a posse, por ato entre vivos, adquire-se com os mesmos caracteres da anterior.¹¹⁹

¹¹⁹ Não se desconhece o Enunciado 80 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, que exara o entendimento segundo a qual é inadmissível a propositura de ação possessória contra terceiro possuidor de boa-fé. Também não se desconhece os bons propósitos que motivaram a edição do enunciado. Entretanto, tal entendimento baseia-se em uma interpretação *a contrario sensu* rasa e malfeita do art. 1.212 do Código Civil atual. Uma análise mais cuidadosa, em especial sistemática, calcada em um conhecimento mais profundo da teoria possessória, desautoriza por completo o enunciado.

A *successio possessionis* cuidou para que os herdeiros dos latifundiários e dos posseiros permanecessem na mesma situação de seus genitores: uns mantiveram seus privilégios, outros suas posições de subalternidade.

E não é demais lembrar que a aquisição da propriedade pela simples apreensão, que já havia sido proibida pela Lei de Terras de 1850, foi sepultada de uma vez por todas pelo Código Civil de 1916. Em seu lugar, instituiu-se a usucapião ordinária (com justo título e boa-fé) e a usucapião extraordinária, cada qual com 20 e 30 anos de duração, respectivamente.¹²⁰ Todavia, as inúmeras exigências e vedações – dentre elas da inusucapibilidade de terras públicas -, a necessidade de processo judicial caro e complexo, além do longo prazo exigível, inviabilizaram a usucapião como instrumento de acesso à terra para os pequenos posseiros.¹²¹

Por óbvio que a teoria da posse, por si só, não seria capaz de explicar a imensa concentração fundiária que sempre campeou em solo brasileiro. Ela veio para chancelar uma situação de privilégio e opressão pré-existente, e não para instituí-la. Era um instrumento a mais de manutenção do *status quo*. Sendo a concentração fundiária uma questão extremamente complexa, sua origem também teve causa igualmente complexa. A teoria da posse, por si só, não comporta a largueza do problema,¹²² embora certamente tenha contribuído, e muito, para a perpetuação desta situação de desigualdade.

¹²⁰ Tais prazos foram reduzidos para 15 e 20 anos, respectivamente, pela Lei nº 2.437/1955. Observe-se que a usucapião ordinária poderia ter seu prazo reduzido de 15 para 10 anos conforme se tratar de “prazo entre presentes”, segundo a nova redação do art. 551.

¹²¹ Para uma análise mais detalhada neste ponto, Cf. GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *Usucapião quarentenária sobre terras do Estado: fundamentos jurídicos, atualidade e repercussão na questão agrária brasileira*. Dissertação apresentada ao programa de mestrado da UFGO, págs. 35/74. Disponível em: [https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/USUCAPI%C3%83O_QUARENTEN%C3%81RIA_SOBRE_TE_RRAS_DO_ESTADO_-_Disserta%C3%A7%C3%A3o_-_Texto_Final_Revisto_-_Cl%C3%A1udio_Grande_J%C3%BAnior_\(1\).pdf](https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/USUCAPI%C3%83O_QUARENTEN%C3%81RIA_SOBRE_TE_RRAS_DO_ESTADO_-_Disserta%C3%A7%C3%A3o_-_Texto_Final_Revisto_-_Cl%C3%A1udio_Grande_J%C3%BAnior_(1).pdf). Acesso em: 06 out 2016.

¹²² Para uma análise mais detalhada deste problema, Cf. PRADO JÚNIOR, Caio. *A revolução brasileira. A questão agrária no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. Ver também GUIMARÃES, Alberto Passos. *A crise agrária*. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

CAPÍTULO II

CONTEÚDO E ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE PRIVADA

O objetivo central deste segundo capítulo é analisar, em primeiro lugar, como e de que forma a propriedade tornou-se um direito fundamental. Em segundo lugar, será investigado qual o conteúdo e a extensão da propriedade, tomada em seu sentido constitucional e diferenciada da propriedade jurídico-civil.

Para cumprirmos este duplo objetivo, exporemos como, ao longo da história, a propriedade foi construída (e muitas vezes reconstruída) como direito ilimitado, exclusivo, perpétuo e absoluto. Os primórdios da propriedade, a propriedade romana e a propriedade feudal entram nesse contexto como elementos chaves para a compreensão dos alicerces sobre os quais construiu-se a propriedade contemporânea. Antes disso, mister é perquirir de que forma a propriedade foi ungida a “totem sagrado” dos direitos fundamentais de primeira geração e, mais ainda, como e sob que contexto o instituto foi trazido para as primeiras codificações jurídico-civis.

Ultrapassada a primeira fase, concentraremos esforços na identificação de um conceito e de um conteúdo da propriedade, tomada em sua acepção constitucional. Mais especificamente, o que se quer saber é qual seria a justificativa para a manutenção da propriedade privada em uma democracia constitucional.

Nesta segunda etapa deste segundo capítulo, teremos a oportunidade de demonstrar que infelizmente o STF jamais se ocupou seriamente em definir o alcance, a extensão e o âmbito de proteção da propriedade constitucional, no mais das vezes identificando-a com a propriedade jurídico-civil.

Demonstrado que o recurso à jurisprudência do STF é mecanismo infrutífero para a identificação da propriedade constitucional, analisaremos em primeiro lugar as teorias que tentam enxergar elementos naturais em tal conceito. Logo em seguida, será exposto que a *utilização privada* e a *faculdade de disposição* são os dois candidatos mais sérios à composição da estrutura da propriedade em sentido constitucional, que teria por base material a necessidade de proteção de um âmbito de liberdade na esfera patrimonial. Veremos, também, que o poder de aquisição e as posições jurídicas de direito público (ao menos *a priori*) não fazem parte da estrutura constitucional da propriedade. Outro ponto

que não poderia passar despercebido diz respeito à intrincada e complexa relação entre a propriedade constitucional e a propriedade jurídico-civil.

Por fim, será rechaçada a sedutora tese de se colocar a função social como elemento imanente da propriedade constitucional, com as consequências teóricas e práticas que disso possam advir. A fundamentação desenvolvida neste segundo capítulo é de vital importância a solução do problema central desta dissertação, que consiste em saber qual é a interferência da moradia na teoria jurídica da posse e na estrutura constitucional da propriedade.

2. 1 – NASCIMENTO DA PROPRIEDADE COMO DIREITO ABSOLUTO

Temos por objetivo demonstrar nesse primeiro tópico do segundo capítulo como e de que forma o direito de propriedade tornou-se um direito absoluto. Adverte-se, contudo, que o direito de propriedade não existe na realidade natural. É produto da cultura humana. Por isso mesmo, seria impossível buscar-se um conceito universal de propriedade, válido para todos os povos e para todos os tempos. Toda propriedade, portanto, circunscreve-se a um limite espacial e temporal. É válido somente para um determinado povo, de determinada cultura e por determinado tempo, estando limitada historicamente.

Veremos adiante que o conceito de propriedade, ao menos para as civilizações ocidentais (objeto de nosso estudo), sofreu, ao longo da história, a influência de fatores familiares, religiosos e principalmente econômicos, relacionados à forma como os homens suprem suas necessidades de subsistência e, mais tarde, relacionados à forma como organizaram o modo de produção.

2.1.1 – Primórdios da propriedade

A propriedade, em sendo uma instituição histórica, sofre os influxos de cada época e de cada povo a qual está vinculada. Isso quer dizer que seu conteúdo, sua extensão e sua proteção variam ao longo do tempo e estão a depender da dialética resultante dos embates entre as diversas forças políticas e econômicas vigentes em uma sociedade¹²³.

¹²³ GASSEN, Valcir. *A lei de terras de 1850 e o direito de propriedade*. Florianópolis, 1994. Dissertação de mestrado. Pág. 28/59. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/76176/96758.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 03 out 2016.

Nas civilizações antigas, a propriedade era enxergada como uma extensão do culto doméstico, da religião, fazendo parte da constituição social e da organização dos povos¹²⁴. Era essencialmente coletiva, pois pertencia ao grupo social, e não a um indivíduo. A socialização da terra estava intimamente ligada aos cultos religiosos.

Segundo Fustel de Coulanges, a crença generalizada era no sentido de que a alma dos mortos, tornada divina (demônio ou herói) continuava a habitar a terra após a morte. Segundo o autor, a religião foi o princípio constitutivo da família e da propriedade, estando as três intimamente relacionadas. A propriedade privada, que era coletiva, justificava-se por motivos religiosos, pois o solo era o local de adoração do deus da família, que desejava possuir moradia fixa. Lar, altar e solo fundiam-se incindivelmente.¹²⁵

Segundo Engels, com o passar do tempo a posse do solo, originariamente pertencente à família, robusteceu-se a tal ponto que pôde ser transmitida por herança. Mais tarde, apareceu a propriedade livre e plena do solo, pois os deveres impostos pela comunidade gentilícia passaram a ser vistos como encargos que precisavam desaparecer. Desaparecidos estes, surge a propriedade sem nenhum ônus ou restrição, dotada também da faculdade da alienação. Para este autor, o dinheiro foi inventado no mesmo período em que o solo se tornou propriedade privada, desvinculado da gens ou da tribo. A terra, agora, podia tornar-se mercadoria.¹²⁶

Para Engels, compreender o surgimento da família, da propriedade privada e do Estado por intermédio de uma abordagem calcada em uma concepção materialista da história tem um poder maior do que abordagens baseadas em crenças religiosas. Neste contexto, a origem histórica (não apenas da propriedade privada, mas também da família e do Estado) deveria ser explicada por meio da produção, isto é, pelo modo com o qual são produzidos (modo de produção) os bens para a satisfação dos interesses humanos.¹²⁷

Engels, utilizando-se da classificação proposta por Morgan, divide a história humana em três estágios, quais sejam, selvageria, barbárie e civilização. Cada qual desses estágios, por sua vez, é subdividido em outros três: inferior, médio e superior. Essa

¹²⁴ Comparato, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso em: 25 out 2016.

¹²⁵ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. E-book. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/adobebook/cidadeantiga.pdf>>. Acesso em: 25 out 2016, pág. 46/54, 86/104. O autor adverte que os antigos forjaram a ideia de propriedade sobre princípios e noções muito diversos dos atuais.

¹²⁶ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de José Silveira Paes. 5 ed. São Paulo: Global, 1984, pág. 223.

¹²⁷ ENGELS, Friedrich. *Op. cit.* pág. 33/35. É por esse motivo que Engels louva o trabalho feito por Lewis H. Morgan (*A Sociedade Antiga*).

classificação tem por base o aumento dos meios de subsistência e a reorganização da divisão do trabalho.¹²⁸

A fase da selvageria, que se traduz no alvorecer da raça humana e se estende até a invenção do arco e da flecha, quando o ser humano pôde dispor de alimentação regular,¹²⁹ não será objeto do nosso estudo, pois nela não existia a propriedade, coletiva ou privada.

Engels afirma que a primeira divisão do trabalho ocorreu por sexo: o homem cuidava da caça, da pesca e da guerra; a mulher, dos afazeres domésticos. Cada qual era proprietário dos utensílios necessários ao desenvolvimento de suas atividades. Fora isso, tudo era de propriedade comum. Tudo pertencia à tribo e não podia ser objeto de apropriação individual. É aqui que começa o período da barbárie, que iniciou com a domesticação de animais e o cultivo de plantas.¹³⁰

Explica o autor que o desenvolvimento da agricultura, pecuária e dos trabalhos manuais permitiu que houvesse excedente a ser comercializado. Inicialmente este comércio era realizado pela chefe de tribo, mas não tardou para que fosse realizado por qualquer integrante da gens. A necessidade de se conseguir mais força de trabalho tornou a escravidão uma necessidade. Teria surgido, aqui, a primeira grande divisão social do trabalho, dado que o alargamento da atividade de produção requeria, necessariamente, o aumento da mão de obra para desenvolvê-la. Foi nessa fase da história da humanidade - denominada por Morgan de fase média da barbárie - que os rebanhos deixaram de ser propriedade coletiva para se tornarem propriedade dos chefes de família.¹³¹

A segunda grande divisão do trabalho, caracterizada pela separação entre artesanato e agricultura, ocorrida na fase superior da barbárie, foi possibilitada pela criação de instrumentos de ferro que permitiram o alargamento da produção, viabilizando a agricultura em larga escala, além de oficinas para trabalhos manuais. A escravidão tornou-se uma instituição imprescindível ao funcionamento social, dada a crescente necessidade do incremento da mão-de-obra. À escravidão, nascida na fase média da barbárie, estratificando a sociedade em homens livres e escravos, somou-se a segunda grande divisão social, pois a diferença na concentração de riquezas possibilitou o surgimento de pessoas ricas e pobres.¹³²

¹²⁸ ENGELS, Friedrich. *Op. cit.* pág. 55/61. Cf, também, GASSEN, Valcir. *Op. cit.* pág. 37/38

¹²⁹ ENGELS, Friedrich. *Op. cit.* pág. 55/57.

¹³⁰ ENGELS, Friedrich. *Op. cit.* pág. 214 e 58.

¹³¹ ENGELS, Friedrich. *Op. cit.* pág. 216/217.

¹³² ENGELS, Friedrich. *Op. cit.* pág. 219/221.

Essa fase caracterizou-se pela consolidação da divisão do trabalho, fazendo surgir os primeiros comerciantes, que se ocupavam exclusivamente do processo de troca, e não da produção.¹³³ A propriedade privada da terra surgiu naturalmente com a consequente remodelação da organização produtiva. A Terra foi apropriada pelos chefes de família com maior riqueza e poder, fazendo desaparecer a propriedade grupal. Com o fim da propriedade comunitária, teve fim, também, o trabalho comunitário. A terra, então, foi distribuída entre as diversas famílias, tornando-se passível de apropriação individual.

O nascimento do dinheiro-metal foi decorrência lógica do surgimento da figura do comerciante, que explorava os produtores durante o processo de troca, permitindo a acumulação desenfreada de riquezas. As riquezas poderiam, então, ser acumuladas em mercadorias, em escravos, em dinheiro e em terras. Quanto à terra, na fase superior da barbárie já a encontramos livre de seu viés comunitário. Propriedade passa a significar posse plena, livre e desembaraçada, passível de transmissão por herança ou por negócio entre vivos.¹³⁴

Assim, para Engels e seu materialismo histórico, o surgimento da propriedade privada é plenamente explicável pelo modo como a sociedade organiza e divide a força de trabalho. Fábio Konder Comparato acrescenta que a propriedade moderna soube desvincular-se completamente do sentido religioso que impregnava as concepções antigas. Separando-se o Estado da sociedade civil, surge também a dicotomia direito público/privado. A propriedade, alçada ao patamar de utilidade econômica, passa a ser o centro por onde gravita todo o direito privado.¹³⁵

2.1.2 – Propriedade romana

A propriedade romana, no período clássico, já se situava na fase da civilização, segundo a classificação de Morgan. José Cretella Júnior anota que a propriedade era o centro do mundo romano. Ainda assim, o conteúdo e a extensão da propriedade romana variaram ao longo de sua extensa história, passando da propriedade ilimitada e profundamente individualista para uma propriedade permeada de preocupações sociais na época de Justiniano.¹³⁶

¹³³ ENGELS, Friedrich. *Op. cit.* pág. 222

¹³⁴ ENGELS, Friedrich. *Op. cit.* pág. 223.

¹³⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Ibidem.*

¹³⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pág. 124.

Para uma melhor compreensão do tema, adotar-se-á o posicionamento de John Gilissen acerca da divisão histórica do direito romano. Segundo explica, a história romana é classicamente dividida em três períodos, conforme o regime político: A Realeza (... até 509 a.C.), a República (509 a.C. – 27 a.C) e o Império, que por sua vez se subdivide em Alto Império, até Diocleciano (27 a.C – 284 d.C) e Baixo Império, que vai de Diocleciano a Justiniano (284 d.C - 566 d.C).¹³⁷

Para o autor, esta divisão, baseada na forma de governo, não corresponde exatamente aos grandes períodos de evolução do direito romano, que pode ser dividido da seguinte forma: (1) período antigo, que se estende até meados do século II a.C. e tem como característica uma organização primitiva do direito, baseado em uma estrutura rural e na solidariedade entre os diversos clãs; (2) período clássico (150 a.C – 284 d.C) caracterizado por um direito individualista erigido sobre padrões de coerência e racionalidade dignos de uma sociedade complexa; (3) período do Baixo Império (284 – 566 d.C), nascido das crises política, religiosa e econômica, caracterizado pelo absolutismo imperial e pela ascensão do cristianismo; (4) período bizantino (566 até século XV), época em que o *Corpus iuris civilis* era tido como a base do direito.¹³⁸ Observe-se que o período político do Alto Império, que vai de 27 a.C – até a morte de Diocleciano (284 d.C) faz parte do período clássico da divisão do direito romano, muito embora represente o seu declínio.

Vandick Nóbrega, escudado em Bonfante, anota que a propriedade romana, em seus primórdios (período antigo), deve ser entendida como propriedade da gens. Segundo ele, já na época de Rômulo teria havido a distribuição de duas eiras de terra (*bina iugera*) a cada chefe de família, quantia insuficiente em razão do elevado número de integrantes da família romana. Neste período, a propriedade já possuía um caráter absoluto, pois os membros da família e as demais pessoas não poderiam intervir no domínio exercido pelo *pater familiae*.¹³⁹ De toda forma, esclarece que a presença do *antiquum consortium*, espécie de condomínio que se formava entre os herdeiros do *pater familiae* após a sua morte, permite concluir que a propriedade romana, em seus primórdios, era essencialmente familiar.¹⁴⁰

¹³⁷ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 4 ed. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pág. 80/81.

¹³⁸ GILISSEN, John. *Op. cit.* págs. 80/81 e *Ibidem*.

¹³⁹ NÓBREGA, Vandick Londres da. *História e sistema do direito privado romano*. 2 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959, pág. 233/234. No mesmo sentido, KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, pág. 138.

¹⁴⁰ NÓBREGA, Vandick Londres. *Op. cit.* pág. 235.

Conforme alerta Max Kaser, a propriedade romana primitiva não distinguia nitidamente posse da propriedade.¹⁴¹ Mais tarde (período clássico), a propriedade passa a ser individual e absoluta, verdadeiro poder de dar à coisa a destinação que ao proprietário pareça interessante. Em contraposição à posse (que é um fato), a propriedade é um direito no sistema jurídico romano.¹⁴² Foi no período clássico que os romanos forjaram a concepção segundo a qual a propriedade seria um direito absoluto, exclusivo, ilimitado e perpétuo.

O caráter absoluto é expressado pela parêmia latina *dominis est jus utendi, fruendi et abutendi*, significando que o proprietário pode usar a coisa e dela dispor da forma que lhe aprouver, inclusive destruindo-a. A exclusividade significava que o poder jurídico e absoluto sobre a coisa há de ser exercido com exclusividade, não concorrendo com ele outro poder de igual envergadura. Isso não anula a possibilidade do condomínio. O caráter ilimitado da propriedade romana significava que o proprietário pode extrair-lhe todos os proveitos condizentes com sua natureza, sem limitações. Por fim, o caráter perpétuo significava que, não acontecendo fato jurídico que ocasionasse sua perda, a propriedade teria duração indefinida.¹⁴³

A propriedade romana podia ser dividida em: (1) propriedade quirítária; (2) propriedade pretoriana; (3) propriedade provincial; (4) propriedade peregrina.¹⁴⁴

A propriedade quirítária era a mais perfeita. Destinava-se aos *quirites*, sinônimo de cidadão romano.¹⁴⁵ O direito quirítário era o sistema jurídico aplicável ao cidadão romano, nele incluída a propriedade quirítária. O que caracterizava a propriedade quirítária era o seu modo de aquisição, que se fazia por intermédio da *mancipatio* ou da *in iure cessio*, procedimentos formais destinados à transferência de propriedade das *res mancipi*. As *res mancipi*, por sua vez, eram aquelas de maior relevância, como as terras itálicas, escravos, casas etc..¹⁴⁶

Ao fim da República, os pretores concederam a certas pessoas que tivesse obtido a posse de *res mancipi* sem a observância das formalidades exigidas, o direito à

¹⁴¹ KASER, Max. *Op. cit.* pág. 137/138.

¹⁴² CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.* pág. 125.

¹⁴³ MATTOS, Samuel da Silva. *Notas sobre a natureza e espécies de propriedade*. Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos. UFSC, V. 22, nº 43, págs. 89/119. CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.* pág. 125/126.

¹⁴⁴ NÓBREGA, Vandick Londres da. *Op. cit.* pág. 241/242.

¹⁴⁵ Explica José Cretella Júnior (*op. cit.* pág. 129) que *quirites* é o mesmo que *sabinos*, “elemento étnico que se fundiu com a população romana dos primeiros tempos”. Além do mais, segundo o autor, Quirino foi o nome pela qual Rômulo passou a ser conhecido após a sua morte.

¹⁴⁶ NÓBREGA, Vandick Londres da. *Idem*. CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.* pág. 114. KASER, Max. *Op. cit.* pág. 139.

propriedade destas mesmas coisas. Muito embora a inobservância os requisitos exigidos pela *mancipacio* ou pela *in iure cessio* fosse obstáculo intransponível à obtenção da propriedade quirritária, a boa-fé do adquirente que havia pagado o preço serviu de base para que o pretor lhe outorgasse proteção jurídica. Nascia aí a propriedade pretoriana, também chamada de propriedade bonitária, seja porque concedida pelo pretor, seja porque concedida em prestígio à boa-fé do adquirente.¹⁴⁷

A propriedade peregrina era outorgada pelo pretor peregrino ou governador de província aos estrangeiros (*peregrinus*), que não tinham acesso à propriedade quirritária. Seu regime jurídico, portanto, derivava do *jus gentium*, e não do direito quirritário. No entanto, a propriedade peregrina era protegida por ações semelhantes às outorgadas para a tutela da propriedade quirritária.¹⁴⁸

Quanto à propriedade provincial, nada mais era do que o direito de posse e uso onerosos das terras provinciais. Ao final da República, as terras provinciais passam a ser consideradas como de propriedade do Estado romano, que cobrava dos particulares uma contribuição predial pelo seu uso. Nascia a propriedade provincial, que inclusive era passível de transmissão por simples *traditio*.¹⁴⁹

Todas essas distinções e divisões da propriedade romana terminaram por desaparecer no período do Baixo Império, sendo vitoriosa a concepção individualista e absoluta imanente à propriedade quirritária, que sobrepujou as demais e terminou por se estender por todo o império durante o período clássico.¹⁵⁰

No entanto, o direito vulgar pós-clássico promove um retrocesso de tal magnitude que a propriedade passou a ser confundida com a posse. A pureza do conceito só foi retomada em Justiniano, que também promoveu uma atualização para abolir a velha classificação (propriedade quirritária, pretorial, peregrina e provincial) e implantar uma uniformidade na matéria.¹⁵¹

Em resumo, temos o seguinte: I - período antigo, propriedade coletiva fundida com a posse; II – período clássico, propriedade individual, absoluta e ilimitada, porém divididas em várias espécies; III – período do Baixo Império - regresso da racionalidade

¹⁴⁷ NÓBREGA, Vandick Londres da. *Op. cit.* pág. 242/243. CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.* pág. 130/131. KASER, Max. *Op. cit.* pág. 139/140.

¹⁴⁸ NÓBREGA, Vandick Londres da. 243. CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.* pág. 231.

¹⁴⁹ KASER, Max. *Op. cit.* pág. 140. José Cretella Júnior esclarece que mais tarde as terras provinciais passaram a ser consideradas como terras itálicas, passíveis de se transformarem em propriedade quirritária (*op. cit.* pág. 131).

¹⁵⁰ GILISSEN, John. *Op. cit.* pág. 639.

¹⁵¹ NÓBREGA, Vandick Londres da. 240/241.

jurídica e indistinção entre posse e propriedade; IV – período bizantino – retorno na propriedade clássica, mas unificada.

Para vários romanistas, haurimos o conceito de propriedade do direito romano do período clássico e justiniano, que teria legado uma noção absoluta e ilimitada de propriedade¹⁵². Também isso há de ser visto com reservas. No direito romano, mesmo no período clássico ou de Justiniano, eram tantas e tão largas as limitações ao direito de propriedade que não se pode falar em um direito ilimitado e absoluto.

As limitações ocorriam não apenas em vista do interesse público, mas também no interesse dos particulares, como, por exemplo, no interesse dos vizinhos¹⁵³. Como adverte Fritz Schulz, as fontes não continham o conceito de propriedade, muito menos os autores do período trataram de conceituá-la. Segundo este autor, é falsa a ideia de que, mesmo no período clássico, a propriedade romana fosse individual, absoluta e ilimitada, como muitos apregoam. As limitações à propriedade em Roma eram tamanhas e tão elásticas que não se pode concebê-la com tais características. Para ele, a propriedade, tal qual a conhecemos, é obra do direito germânico, muito embora os romanistas modernos entendam de maneira contrária.¹⁵⁴

2.1.3 – Propriedade feudal

Em decorrência da reorganização do modo de produção, que deixou de ser escravista para se sustentar em um sistema de vassalagem, com alterações significativas no modo de obtenção dos meios de subsistência, nada mais natural que houvesse uma modificação estrutural da propriedade, a fim de adaptá-las às novas conjunturas.

A unificação das formas de propriedade estabelecida no Baixo Império e no período justiniano deu lugar ao desdobramento da propriedade, com o surgimento de direitos reais limitados como a enfiteuse, a superfície e a remodelação das servidões.

Segundo John Gilissen, o sistema “fiscal” foi um dos responsáveis pelo remodelamento da propriedade fundiária, pois a pesada carga de tributos e outros encargos tornou inviável a existência da propriedade nos moldes romanos. Aliado a isto,

¹⁵² PETIT, Eugène. *Tratado elemental de derecho romano*. Tradução do francês para o espanhol de José Fernandes Gonzales. Buenos Aires: Editorial Albatros, sem data, pág. 240. KASER, Max. *Op. cit.* pág. 137. CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.* pág. 125 e 127. MATTOS, Samuel da Silva. *Op. cit.* pág. 103.

¹⁵³ GILISSEN, John. *op. cit.* pág. 638.

¹⁵⁴ SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Tradução do inglês para o espanhol de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960, pág. 325/326.

os grandes proprietários conseguiram aumentar o tamanho de seus domínios tomando ilegalmente a terras de seus vizinhos mais fracos.¹⁵⁵

Neste contexto, surgem institutos jurídicos como o colonato, a superfície e a enfiteuse, além de uma reorganização geral da estrutura interna do direito de propriedade. Essa nova ordem de coisas possibilitou não apenas que grandes proprietários aumentassem ilegalmente o tamanho de suas terras, como também permitiu o surgimento de uma vassalagem extremamente explorada com o pagamento de *canon*, *pensio*, *comisso*, talha, corveia, banalidade e de um cem número de outros encargos relacionados à terra ou a ela ligados indiretamente.

A interpenetração entre as noções germânica e romana de propriedade foi inevitável. Entretanto, foi a noção romana que prevaleceu, mas não sem sofrer influências.

Anota John Gilissen que a concepção individual romana sagrou-se vencedora desse processo de miscigenação. Os proprietários galo-romanos que detinham a terra por conquista forçada, ou por haverem se conservado nela, começaram a chamá-la de *proprium ou proprietas*, de onde derivaria o termo propriedade, significando *aquilo que lhe é próprio*. Essas terras começaram a ser chamadas de alódios durante o período de Carlos Magno, termo que vai se manter durante toda a Baixa Idade Média. As terras alodiais tinham como principal característica o fato de não estarem sujeitas aos inúmeros ônus e encargos vigentes à época, sendo obrigadas tão-somente ao pagamento de tributos correspondentes aos homens livres. Desde o início as terras alodiais eram de transmissão hereditárias e de livre alienação.¹⁵⁶

Ao lado das terras alodiais, passam a vicejar as *tenências*, que nada mais eram do que o direito de uso e gozo de uma terra de propriedade de outrem.¹⁵⁷

As tenências possuíam encargos variados e diversificados. As dos colonos, por exemplo, eram extremamente onerosas, com pesados encargos. Por isso, gradativamente foram sendo substituídas por outras mais vantajosas, chamadas de *beneficium* ou *benefactoria*. O benefício mais disseminado durante a Idade Média foi a *precária*,

¹⁵⁵ GILISSEN, John. *op. cit.* pág. 639. Ver pág. 648, nota do tradutor.

¹⁵⁶ GILISSEN, John. *op. cit.* pág. 640.

¹⁵⁷ O tradutor da obra de John Gilissen (*op. cit.* pág. 648) assevera que não devemos analisar as situações reais do passado utilizando-se de uma visão retrospectiva de esquemas conceituais e dogmáticos da atualidade. Assim, seria equivocado falar que a tenência era um direito real sobre coisa alheia.

hipótese de tenência que era concedida pelo proprietário em razão de uma prece (pedido) feita pelo futuro precarista.¹⁵⁸

Os feudos e os censos nada mais eram do que um encargo da tenência (benefício vassalático) instituído em favor do proprietário. O feudo era um tenência de caráter militar e político, pois a obrigação principal do vassalo era contribuir com o serviço militar a cavalo, prestar conselhos e também auxílio financeiro. As tenências fundiárias possuíam preocupações econômicas. Nestes casos, o precarista deveria cultivar a terra e pagar vários encargos, como a banalidade, a dízima e o censo reservativo. Esta espécie de tenência possuía muitos nomes, mas de uma maneira geral foi chamada de *censo*.¹⁵⁹

Assim, gradativamente a propriedade alodial, em especial no período que vai do século VII ao XI, foi perdendo importância devido à multiplicação e disseminação das tenências. A propriedade tornou-se altamente fragmentada. O caráter da exclusividade desapareceu.

A fragmentação da propriedade é muito bem explicada no exemplo que segue abaixo, retirado da obra de John Gilissen:

O ducado de Brabante é um feudo nos arredores de Bruxelas que o Duque de Brabante obteve do Imperador. Para mantê-lo, o Duque de Brabante concede uma parcela do solo, também em feudo, a seu vassalo “A”, que por sua vez concede parcela de seu feudo, ao seu vassalo “B”, instituindo um subfeudo. O vassalo “B”, por sua vez, concede parcela de seu subfeudo ao vassalo “C”, que passa a deter um subfeudo de 2ª ordem. Por fim, “C” concede parte de seu subfeudo de 2ª ordem a “D” a título de censo. Todos têm direitos hereditários e perpétuos sobre seus respectivos quinhões. No entanto, a obrigação de fazer a terra produzir é de “D”, que a recebeu em censo e ficava na obrigação de pagar os encargos mais pesados e opressivos.¹⁶⁰

Observa-se que um feudo pode subdividir-se de vários subfeudos, ao passo que um subfeudo pode dividir-se em vários subfeudos de 2º ordem e assim por diante, até o momento em que a terra será dada em censo. Nada impede, também, que dentro de um feudo possa existir uma ou várias propriedades alodiais. Nos séculos XIII e XIV, por razões econômicas (continuidade do sistema de exploração), proibiu-se a prática do subcenso. O regime fundiário, portanto, tornou-se muito fragmentado e complexo.¹⁶¹

¹⁵⁸ GILISSEN, John. *op. cit.* pág. 641

¹⁵⁹ GILISSEN, John. *op. cit.* pág. 642/643.

¹⁶⁰ GILISSEN, John. *op. cit.* pág. 642.

¹⁶¹ GILISSEN, John. *op. cit.* pág. 642/643.

Dentro desta miríade, o direito de propriedade teve que se adaptar aos novos tempos. As tenências foram “enxergadas” pelas lentes do direito romano, no que se admitiu o fracionamento do direito de propriedade em domínio direto e domínio útil¹⁶². O detentor do censo possuía o domínio útil, os demais do domínio direto, que poderia ser retomado a qualquer instante caso alguma obrigação do censo ou do feudo inferior fossem descumpridas.

Percebe-se que, neste rearranjo do sistema de produção, o remodelamento da propriedade foi fundamental para o êxito da exploração econômica e de sua continuidade por mais de mil anos. Nesse sistema, a unidade produtiva – que era o censo e, quando admitido (antes do século XII), o subcenso – era continuamente explorado, de maneira vitalícia e perpétua, pelo proprietário (senhor feudal) mais elevado. Os pesados encargos que oneravam a propriedade útil deveriam ser pagos pelo censitário aos seus senhores feudais, que por sua vez eram explorados pelos senhores feudais mais elevados e assim por diante.

Anota-se que a Igreja Católica foi uma das principais beneficiárias deste sistema. O tributo da dízima, consistente no pagamento da décima parte de toda a produção, disseminou-se durante do século VI e foi mantida por diversos concílios (Niceia II, Constantinopla IV, Latrão, Lyon, Vienne).¹⁶³ O sistema feudal possibilitou que a Igreja Católica se tornasse a instituição mais poderosa de toda a Idade Média.

António Hespanha e Manuel Malheiros, tradutores da obra de John Gilissen, apontam que durante a Idade Média as terras estavam divididas em três categorias principais:

(1) Terras Nobres, que era a divisão da terra dentro da própria classe dominante. Caracterizavam-se por serem isentas total o parcialmente do pagamento de encargos perante a coroa. Todavia, o suserano poderia cobrar normalmente os encargos dos detentores diretos da terra.

(2) Terras Vilãs, que podiam ser alodiais (a que já nos referimos) e terras de concessão precária, cuja característica era a precariedade e detenção e sua sujeição ao pagamento de tributos e encargos os mais variados, em gênero ou em espécie. Sua alienação estava a depender da autorização do suserano. Eram os censos, colônias e foreiras.

¹⁶² GILISSEN, John. *op. cit.* pág. 642.

¹⁶³ Idem.

(3) Terras Comuns, que eram terras coletivas, destinadas a uso comunitário, como os baldios e os matos maninhos.¹⁶⁴

O regime da propriedade, estruturado na forma de pirâmide, na prática refletia a o modelo piramidal de privilégios, onde muitos eram os explorados e poucos eram os beneficiários. Na prática, o que houve foi uma substituição do modo de produção escravista pelo modo de produção feudal. As condições de privilégios e subalternidades sempre permaneceram, embora estruturalmente modificadas. O direito de propriedade teve que se adaptar aos novos tempos.

Na prática, a propriedade feudal possuía as seguintes características: (a) fragmentariedade, pois a propriedade foi dividida em diversos níveis e camadas, um sobreposto aos outros. Essa fragmentação da propriedade, conforme já exposto, decorreu mais da estruturação dos meios de produção do que de outros fatores; (b) supremacia absoluta da propriedade imóvel sobre a móvel; (c) junção do poder político à propriedade, pois cada parcela tornou-se uma unidade política autônoma, enfraquecendo o poder central; (d) junção do poder religioso à propriedade, pois na sua estrutura interna a propriedade deveria servir aos anseios de Deus, verdadeiro proprietário de todas as coisas.¹⁶⁵

A derrocada do sistema ocorreu por um rearranjo das forças de produção, uma vez que o feudalismo se tornou empecilho ao desenvolvimento do mercantilismo. O germe para o fim do sistema implantou-se já no século IX, o que se fez por intermédio de duas mudanças que, embora paulatinas e graduais, culminaram com a modificação estrutural no modelo da propriedade, fazendo implodir os pilares que a sustentavam. Essa reorganização da propriedade deveu-se ao que Jonh Gilissen chamou de *patrimonialização das tenências* e pela *deslocação da situação de proprietário para a de tenente*.¹⁶⁶

Desde o século IX as tenências, ao menos os *beneficium*, haviam se tornado hereditárias. Entretanto, a transmissão *causa mortis* ainda estava a depender de autorização do senhor feudal superior, que exigia do herdeiro, além do cumprimento dos deveres de fidelidade e dos ônus que caracterizavam a vassalagem, o pagamento do laudério (equivalente a um ano de renda do feudo). Dado o caráter pessoal dos

¹⁶⁴ A classificação presente em (1), (2) e (3) foi retirada da extensa nota de tradução da obra de GILISSEN, John. *Op. cit.* pág. 649.

¹⁶⁵ MATTOS, Samuel da Silva. *Op. cit.* pág. 105/107.

¹⁶⁶ GILISSEN, John. *Op. cit.* pág. 643/644.

compromissos assumidos pelo vassalo, o censo e o feudo eram, em princípio, inalienáveis. Entretanto, no século XI passou-se a admitir a alienação do censo ou do feudo, desde que precedida da autorização do senhor feudal. No século XIII a autorização caiu em desuso e o feudo ou censo passaram a ser considerados ativos negociáveis, isso porque, além de alienável, passaram a integrar o patrimônio do vassalo. Ainda assim, a emissão na posse do adquirente estaria a depender da intervenção do senhor feudal, que exigia o pagamento do *laudêmio* de venda (correspondente a 20% do valor da compra), prática que só foi abolida no século XVIII. Chamou-se de *patrimonialização das tenências* a este processo de perda de controle da transmissão das tenências pelo senhor feudal.¹⁶⁷

Por outro lado, ocorreu, também, um processo paulatino de deslocamento da propriedade das mãos dos senhores feudais para os tenentes (concentração da propriedade). As obrigações militares, que justificavam o feudo como unidade política autônoma, perderam sua importância a partir do século XIV. Em razão da desvalorização da moeda, o valor que o censitário pagava ao senhor feudal a título de censo tornou-se irrisório.¹⁶⁸ Na prática, o pagamento do *laudêmio* passou a ser a única vantagem para o senhor feudal.¹⁶⁹

Como o passar do tempo, houve uma constante diminuição da influência dos senhores feudais sobre os censos. No século XIV, os tenentes passam a ser paulatinamente considerados como os verdadeiros proprietários, havendo gradativa diminuição dos encargos relacionados à terra. No século XVII e XVIII, os direitos dos senhores feudais sobre as terras encontravam-se praticamente abolidos.¹⁷⁰

As modificações havidas na estrutura do direito de propriedade durante toda a Idade Média foram apenas uma consequência das lutas travadas no seio da história econômica. Como explica Roberto Simonsen, os feudos eram uma unidade que concentrava quase toda a atividade econômica. Baseada em uma agricultura limitada para consumo imediato, o feudo não permitia a suficiente circulação da moeda e nem as trocas

¹⁶⁷ GILISSEN, John. *Op. cit.* pág. 644.

¹⁶⁸ O valor devido a título de censo era imutável e não sofria reajustes. Com o passar dos anos, seu valor tornou-se irrisório. A venda do censo, que possibilitava o pagamento do *laudêmio*, passou a ser a única vantagem para o senhor feudal.

¹⁶⁹ GILISSEN, John. *op. cit.* pág. 644.

¹⁷⁰ GILISSEN, John. *op. cit.* pág. 644.

comerciais. Como unidade econômica autônoma, o feudo era um obstáculo que as crescentes preocupações mercantilistas trataram de eliminar.¹⁷¹

2.1.4 – Reconstrução da propriedade como direito absoluto

Conforme observa João Augusto Mendes, a propriedade atual é produto do liberalismo. Segundo ele, a propriedade liberal estruturou-se em três níveis. Em primeiro lugar, era necessário desenvolver um pensamento filosófico que lhe desse legitimidade, suporte e justificação. Em segundo lugar, seria necessário desenvolver uma teoria jurídica (teoria dogmática dos direitos reais) com base nas premissas ideológicas e filosóficas do liberalismo. Em terceiro lugar, a propriedade liberal deveria ser incorporada nos ordenamentos jurídicos, deixando de ser mero “direito natural” para se tornar, também, “direito positivo”.¹⁷² Não será objeto de nosso estudo a análise do pensamento jusfilosófico que justificava (e ainda justifica) a existência da propriedade privada ao longo da história humana, e em especial a justificação da propriedade privada em uma democracia constitucional.¹⁷³

Conforme anota John Gilissen, a certidão de morte do feudalismo foi a Revolução Francesa, em especial a noite de 4 de agosto de 1789 em que a Assembleia Constituinte decretou o fim de feudalismo pelo intermédio da abolição de todos os encargos que oneravam o solo desde a Idade Média.¹⁷⁴ Alerta o autor que certos historiadores do século XIX, erroneamente, caracterizam a Revolução Francesa como um processo de transferência de propriedade dos senhores feudais para os vassalos. Entretanto, esse processo de transferência da propriedade para os tenentes já havia se consumado em 1789. A Revolução, segundo aponta, teve o mérito de libertar a terra dos encargos que ainda a oneravam.¹⁷⁵

¹⁷¹ SIMONSEN, Roberto Cochrane. *História econômica do Brasil. 1500-1820*. 4 ed. Brasília: Editora do Senado Federal, 2005, pág. 40. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1111/749413.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 03 nov 2016.

¹⁷² MENDES, João Augusto Ribeiro. *Conceito de propriedade*. Florianópolis, 1994. Dissertação de mestrado. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106391/96958.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 4 nov 2016, pág. 105.

¹⁷³ Para uma análise mais profunda do tema, Cf. BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Lisboa: Almedina, 2008. Ver, em especial, Partes I e II do livro, onde são expostas as concepções de Aristóteles, Guilherme de Ockham, São Tomás de Aquino, Locke, Hobbes, Kant, Hegel e muitos outros.

¹⁷⁴ GILISSEN, John. *Op. cit.* pág. 645. MENDES, João Augusto Ribeiro. *Op. cit.* pág. 123.

¹⁷⁵ GILISSEN, John. *Op. cit.* pág. 645.

O processo de alforria das terras deu-se em duas etapas. Embora as diretrizes de 4 de agosto de 1789 prescrevessem a supressão sem direito a indenização dos encargos feudais resultantes de direitos reais, declarou indenizáveis os encargos feudais decorrentes de relações contratuais, como os censos e os direitos casuais de transmissão. Como o resgate financeiro destes encargos não estava funcionando, a Convenção de julho de 1793 terminou por abolir, sem qualquer direito de indenização, todos os encargos feudais que oneravam o solo, inclusive os decorrentes de relação contratual.¹⁷⁶

Esse processo de emancipação da terra não correu ao mesmo tempo em todos os países ocidentais. Na parte francesa do Canadá o feudalismo sobreviveu até 1856. Na Inglaterra o feudalismo desapareceu apenas entre 1922 e 1925, como consequência das leis reais sobre propriedade que passaram a vigor. Entretanto, ainda hoje a Inglaterra utiliza-se de uma nomenclatura feudal para designar a divisão do solo.¹⁷⁷

Aliado a isso, a plenitude da propriedade tornou-se, mais uma vez, individual, retomando-se o mote herdado do direito romano clássico quiritário e do período de Justiniano.

O passo adiante foi a extinção das terras e bens comunais. Leis de 1.792 e 1.793 determinavam que os baldios, os matos maninhos e outros fossem transferidos para particulares. Paralelamente a isso, os bens da Igreja também foram sendo gradativamente alienados. Outras leis surgidas entre 1971 e 1973 permitiram que o proprietário cercasse suas terras, o que na prática extinguiu com o medieval direito de pastagem.¹⁷⁸

Quanto ao Brasil, muito se discute se realmente chegamos a ter um sistema feudal para ser abolido. Valcir Gassen sintetiza as diversas posições sobre o assunto.

Segundo ele, alguns defendem que vigia no Brasil um “feudalismo colonial”. Tal sistema caracterizava-se pelo esfacelamento do feudalismo português (bastante adiantado desde o século XVI) e que foi transplantado para o Brasil. Mas o feudalismo português, embora em declínio, ainda mantinha os nódulos que o caracterizavam como modo de produção. Esse sistema feudal decadente, marcado por mecanismos de dominação extra econômicos conservadores e retrógrados, foi transferido para as terras ultramarinas e aqui ganhou novas características. A dominação extra econômica, viabilizada por instituições jurídicas e políticas, servia ao propósito de manter a colônia sobre o estrito controle da metrópole. Isso só teria sido possível porque na colônia o

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ Idem.

¹⁷⁸ GILISSEN, John. *Op. cit.* pág. 646.

capital comercial ainda não desfrutava do mesmo poder assumido na metrópole. O sistema, então, teria se caracterizado por uma aliança entre a nobreza, detentora da terra, e da burguesia comercial, detentora do capital, para fazê-la produzir. Acrescenta-se que, no feudalismo brasileiro, o servo foi substituído pelo escravo. Assim, o Brasil possuía um feudalismo tocado por escravos, baseado no latifúndio e cuja produção, levada adiante em regime de monopólio, servia aos interesses no mercado mundial ditado pela metrópole. Segundo o autor, a tese do feudalismo colonial é defendida por Alberto Passos Guimarães em *Quatro Séculos de Latifúndio*.¹⁷⁹

Ainda de acordo com Valcir Gassen, alguns autores defenderam a tese de que na época o Brasil vivesse um “capitalismo colonial”, principalmente porque no período do descobrimento Portugal não mais vivesse sobre o feudalismo.¹⁸⁰ Essa a tese defendida por Roberto C. Simonsen em sua *História Econômica do Brasil, 1500-1820*, para quem não parece razoável que os historiadores caracterizem o aspecto feudal do sistema das donatarias. Para ele, o Rei de Portugal concedeu as donatarias para prestigiar e favorecer os donatários, mas essas vantagens exigiam do donatário que fizesse povoações, implantasse lavoura, comércio e trabalho organizado. Assim, o intuito de lucro era claro no regime colonial brasileiro, o que não se coadunaria com uma economia feudal, baseada na divisão de trabalho entre profissões pré-estabelecidas, sem possibilidade de ascensão social. Afirma que o intuito de lucro era o principal objetivo da vinda para o Brasil, não havendo que se “fechar os olhos à realidade econômica”, substancialmente diferente do sistema feudal.¹⁸¹

Ao que parece, Valcir Gassen adota a tese de que, no Brasil colônia, o regime de produção era o capitalismo patrimonialista. Com fundamento nas ideias de Raymundo Faro, argumenta, em primeiro lugar, que a monocultura voltada à exportação para a metrópole constituía-se em uma verdadeira empresa rural. Além do mais, as propriedades rurais no Brasil jamais tiveram uma estrutura feudal, pois o latifundiário não era um senhor feudal. Aliás, estava muito longe de o sê-lo. Por outro lado, o capitalismo dirigido pelo Estado impedia o surgimento de empresas e asfixiava a livre iniciativa e as liberdades econômicas. A burguesia não tinha força suficiente para traçar seu próprio destino econômico e todas as ações nesse sentido partiam do Estado. O patrimonialismo brasileiro, portanto, caracterizava-se pela dependência do setor privado em relação ao

¹⁷⁹ GASSEN, Valcir. *Op. cit.* págs. 63/69.

¹⁸⁰ GASSEN, Valcir. *Op. cit.* págs. 69/72.

¹⁸¹ SIMONSEN, Roberto Cochrane. *Op. cit.* pág. 102/105. GASSEN, Valcir. *Op. cit.* págs. 69/72.

setor público. Era um capitalismo do tipo patrimonialista.¹⁸² Conclui-se, portanto, que no Brasil não vicejou o modo de produção feudal.

Deixado de lado o caso brasileiro, o fato é que a Revolução francesa fez desaparecer a propriedade fragmentada típica da Idade Média para torná-la, mais uma vez, plena, exclusiva, ilimitada e individual.

2.1.4.1 – Positivização da propriedade como direito fundamental

A entrada do direito de propriedade nos ordenamentos jurídicos tal qual a conhecemos deu-se em dois níveis. No primeiro nível, está o plano da positivização constitucional, processo que aqui denominaremos de *fundamentalização da propriedade privada*. Num segundo nível a positivização ocorre no plano jurídico-civil. Embora estes dois níveis tenham nascido e se desenvolvido concomitantemente, ambos possuem características diversas e cumprem diferentes funções dentro do ordenamento, conforme será exposto.

Convém abrir um parêntese apenas para explicitar que o *processo de fundamentalização da propriedade privada* nada mais é do que a consagração da propriedade privada como direito fundamental na maioria das Constituições dos países ocidentais.

Segundo Bodo Pieroth e Bernhard Schilink, o conceito de direitos fundamentais surgiu por volta de 1770 como forma de reivindicação política da burguesia, que se firmou como força emergente. Para esses autores, a evolução histórica permite reconhecer que os direitos fundamentais ora são entendidos como sinônimos de direitos humanos (portanto, anteriores ao Estado), ora são entendidos como direitos que cabem a um indivíduo não como ser humano, mas como cidadão de um Estado (portanto, posteriores ao Estado, mas dele dependente).¹⁸³

Ingo Sarlet acentua que a expressão direitos fundamentais se conexas com as escolhas políticas feitas pelo Constituinte, ou seja, é uma expressão ligada ao direito

¹⁸² GASSEN, Valcir. *Op. cit.* pág. 77/87. Nas mesmas páginas, o autor também adverte que Caio Prado Júnior, inicialmente adepto do “capitalismo dependente” em *Evolução Política do Brasil* (1933), termina por migrar para o “capitalismo patrimonialista” em *A Revolução Brasileira* (1966), abandonando a tese de que a burguesia da época fosse capaz de tomar um rumo próprio em questões econômicas.

¹⁸³ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, págs. 31/32. No mesmo sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015, págs. 27/35.

positivo. Os direitos fundamentais seriam aparelhados, também, com supremacia normativa, garantia de “justiciabilidade” perante uma Corte Suprema e serviriam de norte para o controle judicial de constitucionalidade.¹⁸⁴

Em outras palavras, o direito de propriedade, passado para as Constituições de Estado de Direito como direito fundamental, passou a gozar do chamado *regime jurídico de fundamentalidade*, o que lhe proporcionou supremacia hierárquica e normativa, “defensabilidade” em toda a estrutura do Poder Judiciário (inclusive nas Cortes Supremas) e sua transformação em bússola para o controle judicial de constitucionalidade. Isso por si só já seria decorrência de sua positivação formal no texto constitucional. Entretanto, o regime de fundamentalidade garantiu à propriedade alçar-se ao patamar de cláusula pétrea, possuir um âmbito de proteção constitucionalmente garantido contra intervenções indevidas, além de um conceito e um conteúdo de índole constitucional, dentre outras consequências.¹⁸⁵

Do ponto de vista da positivação da propriedade privada nas Constituições, o mais correto é dizer que os primeiros documentos a consagrar o instituto da propriedade como direito fundamental foram a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia (art. 1º¹⁸⁶), de 1776 e a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (art. 2º¹⁸⁷ e 17º¹⁸⁸). Como esses dois diplomas disputam o título de paternidade dos direitos fundamentais,¹⁸⁹ é correto concluir que o direito de propriedade como direito fundamental, nasce em concomitância com os próprios direitos fundamentais.

Trata-se, portanto, de um direito fundamental de 1º geração ou dimensão, caracterizado pelo seu caráter de defesa frente ao Estado. O direito de propriedade nasce, no constitucionalismo moderno, como um direito não prestacional.

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* págs. 27/35 e 43.

¹⁸⁵ Alguns autores negam a existência de um fundamental à propriedade, como é do caso da ex-magistrada do Tribunal Constitucional de Portugal Maria Lúcia Amaral, em seu livro *Responsabilidade Civil do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*. Para ela, o art. 62, 1, da Constituição portuguesa garante a existência do instituto propriedade como instrumento para assegurar a justa indenização em caso de desapropriação, este sim o verdadeiro direito fundamental, consagrado no art. 62, 2. Tal posição é minoritária em doutrina. Sobre o tema, Cf. BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Lisboa: Almedina, 2008, pág. 847/856.

¹⁸⁶ Artigo 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança. (grifou-se)

¹⁸⁷ Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão. (grifou-se).

¹⁸⁸ Art. 17º. Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.

¹⁸⁹ SARLET, Ingo. *Op. cit.* pág. 43.

A propriedade, como direito fundamental constitucionalmente assegurado, é produto do liberalismo burguês do século XVIII, levando consigo as nóduas que caracterizam todos os direitos fundamentais de primeira geração. Era, pois, marcados pelo individualismo, surgindo como direito negativo do cidadão em face do Estado, isto é, outorgava direito de não intervenção na esfera individual por parte do Estado.¹⁹⁰

Mesmo com o surgimento das primeiras constituições sociais, o que se deu com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar, de 1919, a propriedade continuou a ser tratada como direito fundamental nos países de democracia constitucional. Isso quer dizer que o surgimento do constitucionalismo social, muito embora tenha moldado o conceito constitucional de propriedade privada, não teve o condão de excluí-la por completo do rol dos direitos fundamentais. A mudança do conteúdo constitucional do direito de propriedade, levada adiante pelo constitucionalismo social, reflete-se na inserção de cláusula de função social, presente em diversas Constituições do segundo pós-guerra. Como exemplo, cita-se a Lei Fundamental Alemã de 1949 (art. 14. 2) e a Constituição Brasileira de 1946 (art. 147).

Como bem explicitado por João Augusto Ribeiro Mendes, na segunda metade do século XIX a ineficiência do estado-liberal clássico em satisfazer as necessidades humanas, evidenciada pelas contradições entre o discurso político e a realidade econômica, fizeram crescer as demandas sociais e a luta por reconhecimento de direitos que não cabiam no Estado mínimo. A função social, então, surgiu como um consectário natural de limitação da propriedade privada, fazendo ruir seu caráter absoluto.¹⁹¹

É claro que o sentido e o conteúdo do direito de propriedade variaram ao longo da história. Passou, portanto, por transformações que, ao longo do tempo, moldaram o seu conceito, seu conteúdo, sua eficácia e seu modo de efetivação.

No Brasil, a propriedade privada já era considerada direito fundamental pela Constituição de 1824 (arts. 179, *caput* e XXIII), seguindo-se as Constituições de 1891 (art. 72, *caput* e § 17), de 1937 (art. 113, *caput* e 17), de 1937 (122, *caput* e 14¹⁹²), de 1946 (art. 141, *caput* e § 16), de 1967 (art. 150, *caput* e § 22), de 1969 (art. 153, *caput* e § 22) e, finalmente, a Constituição de 1988 (5º, *caput* e XXII).

¹⁹⁰ SARLET, Ingo. *Op. cit.* pág. 46.

¹⁹¹ MENDES, João Augusto Ribeiro. *Op. cit.* pág. 129.

¹⁹² O art. 122, item 14, da Constituição de 1937, que previa a propriedade como direito fundamental, após ter sua redação modificada pela Lei Constitucional nº 05, de 04 de março de 1942, teve sua vigência suspensa pelo Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942, editado pelo presidente Getúlio Vargas, que declarava estado de guerra em todo o território nacional.

Atualmente, a tendência do constitucionalismo, no tocante ao direito constitucional de propriedade, e em especial do moderno direito civil-constitucional, é esforçar-se para delimitar seu âmbito de proteção e o seu conteúdo, fazendo introduzir a função social como elemento funcional interno do próprio conceito do instituto.

2.1.4.2 – Positivização da propriedade jurídico-civil

No plano jurídico-civil, a positivização de maior destaque deveu-se ao Código Civil francês de 1804, que no art. 544 considerava a propriedade como o direito de usar e dispor de uma coisa da maneira mais absoluta. Nas palavras de Eugênio Fachini Neto, representando a feliz junção entre o direito romano, o direito consuetudinário, o direito consagrado nas grandes ordenações setecentistas e o direito jurisprudencial, o Código Civil francês foi o mais importante Código do século XIX, sendo que a circulação do modelo jurídico francês espalhou-se para Bélgica e Luxemburgo, Holanda, Alemanha, Suíça, Itália, Espanha, Portugal, México, Bolívia, República Dominicana, Chile, Argentina, vários países da África e do Oriente Médio, Louisiana, Québec, Japão, além do Brasil.¹⁹³

Na conclusão de seu artigo, Eugênio Fachini Neto assevera que a difusão do modelo francês não ocorreu apenas por força da expansão militar e colonial francesa, mas também pelo prestígio do Código Civil, que foi voluntariamente recepcionado por um grande número de países.¹⁹⁴ E foi assim que, seja por força ou por prestígio, o arquétipo oitocentista da propriedade privada francesa esparramou-se pelo mundo, que a recepcionou como direito absoluto, ilimitado, perpétuo e exclusivo.

É de se lembrar que o Código Civil francês exercia uma função semiconstitucional, uma vez que os institutos jurídicos mais importantes para a burguesia (propriedade, contrato e família) estavam disciplinados no Código, e não nas inúmeras Constituições que a França teve no período. Em uma perspectiva funcional, o Código tinha a missão de proteger a propriedade, garantir os contratos e a hegemonia da família patriarcal. Embora o Código de Napoleão tenha retomado a concepção romana, terminou

¹⁹³ FACCHINI NETO, Eugênio. *Code civil francês. Gênese e difusão de um modelo*. In Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 50, nº 198, abril/jun 2013, págs. 59/88. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496956/000983388.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 nov 2016.

¹⁹⁴ Idem. *Ibidem*.

por adotar a possibilidade de transferência consensual da propriedade, que é de origem germânica.¹⁹⁵

Outra codificação de grande destaque nessa matéria foi o Código Civil Alemão (BGB). No Brasil, o BGB teve marcante influência, em especial pelo movimento jurídico conhecido como Escola do Recife, capitaneado por Tobias Barreto e Clóvis Beviláqua.¹⁹⁶ Explica Otávio Luiz Rodrigues Júnior que o Brasil, inicialmente influenciado por um modelo de direito civil de matriz francesa, gradativamente migrou para um sistema de matriz germânica. Segundo ele, diferentemente de Portugal, em que o Código vigente de 1867 a 1966 (Código Visconde de Seabra) era nitidamente obcecado pelo modelo francês, o Código Civil brasileiro de 1916 já nascera com intensa influência alemã. Entretanto, a escola francesa manteve-se arraigada ao pensamento civilista nacional, principalmente por influência dos professores de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.¹⁹⁷

A comprovação de que o Brasil, em matéria de direito civil, teria se distanciado da matriz francesa para se aproximar da matriz alemã pode ser demonstrada pela estrutura do Código Civil de 1916, dividido em uma Parte Geral (pessoas, bens e fatos jurídicos) e uma Parte Especial (família, contratos, propriedade e sucessões). Além do mais, o modo de aquisição da propriedade e dos direitos em geral, a estruturação da dogmática dos contratos e a categorização de diversos institutos jurídicos são provas vivas da “germanização” do direito brasileiro.¹⁹⁸ A germanização manteve-se no Código Civil de 2002.

Como o BGB é acusado por alguns de ser “filho tardio do liberalismo”, este consenso também se estendeu por assimilação ao Código Civil brasileiro de 1916. Luiz Otávio Rodrigues Júnior afirma que tal consenso deveu-se à influência de Franz

¹⁹⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. *Op. cit.* pág. 71.

¹⁹⁶ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX*. São Paulo: RT, v. 938, pág. 85. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/A-Influ%C3%AAncia-do-BGB-e-da-Doutrina-Alem%C3%A3-no-Direito-Civil-Brasileiro-do-S%C3%A9culo-XX.pdf>>. Acesso em: 17 nov 2016. Ver, também, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Influência do direito francês sobre o direito brasileiro*. Conferência proferida na Universidade de Paris II em 26 de novembro de 1993. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da USP, vol. 89, 1994, págs. 183/194. Disponível em: <<file:///C:/Users/DOCUMENTOS/Downloads/67243-88656-1-PB.pdf>>. Acesso em: 17 nov 2016.

¹⁹⁷ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Op. cit.* pág. 116/123. Segundo este autor, a germanização do direito civil português foi intensa no final do século XIX e início do século XX, culminando com a aprovação do Código Civil de 1966, com vigência desde 1967, denominado de Código Vaz Serra ou Código Antunes Varela, de matriz essencialmente alemã (op. cit. pág. 116/123).

¹⁹⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Op. cit.* pág. 190/194. Conforme assinala o autor, isso não quer dizer que o Código Civil de 1916 não contivesse institutos de origem francesa.

Wieacker, que sempre acusou o BGB de ser socialmente atrasado, sendo expressão do liberalismo econômico. Para este autor, tanto o BGB quanto o Código Civil de 1916 foram injustamente acusados de possuírem uma natureza liberal, um caráter exegético e uma visão patrimonialista, formando-se uma visão preconceituosa que os acoimava de velhos e retrógrados. A difusão do consenso do BGB como um Código atrasado e sem preocupações sociais, deveu-se, também, a Karl Larenz.¹⁹⁹

Segundo Luiz Otávio Rodrigues Júnior, tais consensos sobre o BGB merecem uma revisão. Com escólio em Joaquim Rückert, afirma que o BGB não pode ser considerado um código burguês, não sendo verdade que a codificação alemã primasse pelo formalismo excessivo e passasse ao largo de reivindicações sociais e do contexto político e histórico a qual estava imerso. Se não é verdade que tais manchas possam ser imputadas ao BGB, como o fizeram Franz Wieacker e Karl Larenz, igualmente não podem ser estendidas ao Código Civil brasileiro de 1916.²⁰⁰

Não atacaremos aqui a voz comum que acusa do Código Civil de 1916 de ser individualista, positivista, retrógrado, atrasado em seu próprio tempo, sem preocupação social, distanciado dos mais humildes etc.. Dir-se-á apenas que, em matéria de propriedade, o Código Civil de 1916, embora produto de seu tempo, foi feliz em vários aspectos, como, por exemplo, na delicada questão da transmissão negocial da propriedade, na extensão e limitação de seu conteúdo e no tratamento jurídico da posse e da proteção possessória. Não foi tão liberal (no sentido pejorativo do termo) e nem tão individualista, muito menos atrasado, retrógrado ou sem preocupação social.

De uma maneira geral, muitos dos países ocidentais de matriz jurídica romano-germânica conceituam a propriedade como sendo um direito de uso, fruição, gozo e disposição, pleno e exclusivo, de algo ou de alguma coisa. Assim o é no Código Civil português (art. 1.305), espanhol (art. 348), argentino (art. 1.941), francês (art. 544), alemão (§ 903), italiano (art. 832) e mexicano (art. 830), dentre outros. Os dois Códigos do Brasil não ficaram fora desta regra (art. 524, CC/1916 e art. 1.228, CC/2002).

¹⁹⁹ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Op. cit.* pág. 141 e também nota de rodapé nº 222.

²⁰⁰ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Op. cit.* pág. 145/155. Segundo este autor, Karl Larenz foi condecorado por sua colaboração com o regime nazista. Ele e Franz Wieacker fizeram parte da chamada Escola da Kiel, movimento de renovação jurídica promovido pelo regime hitlerista. Portanto, a crítica destes autores ao suposto formalismo e ao positivismo do BGB tinha por pano de fundo a formação de uma doutrina nazista que libertasse a magistratura da “escravidão da literalidade do direito positivo”. Foi com base em doutrinas deste jaez que a Associação do Juízes Alemães, em 1933, teria declarado fidelidade a Hitler. No pós-guerra, a Justiça alemã não foi chamada a responsabilizar-se pelas inúmeras atrocidades que o regime nazista cometeu com o seu apoio e beneplácito. (Ibidem).

A noção da positivação constitucional, ou fundamentalização da propriedade privada, cumpre papel diverso da positivação jurídico-civil. No âmbito constitucional, não caberia ao constituinte conceituar a que venha a ser a propriedade, muito menos explicitar detalhadamente qual o seu conteúdo e o seu âmbito de proteção. No entanto, a dogmática jurídico-civil dos direitos reais não podia fugir desta missão. Daí os diversos conceitos de propriedade que se espalharam pelo mundo, quase todas tomando por base o conceito francês, haurido do direito romano. Essa dualidade funcional entre a positivação jurídico-civil e a fundamentalização do direito de propriedade suscita uma série de dúvidas e indagações, todas de grande relevância para o deslinde do problema cuja análise é o objeto desta dissertação.

Como afirma Pietro Perlingieri, “em um sistema com fontes legislativas com Constituição rígida é errado individuar conteúdo e relevância de uma fórmula contida em uma norma constitucional à luz da disciplina do Código Civil e da filosofia das relações econômicas e humanas sobre as quais ele se funda”²⁰¹. Isso nos dá a exata dimensão da complexidade do tema. Mais do que uma questão jurídico-civil, atualmente a propriedade é um problema constitucional.

2.2 - O CONCEITO E CONTEÚDO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE

2.2.1 – Considerações preliminares

Em nossa conta, o verbete “propriedade” aparece na Constituição Federal 35 vezes (incluindo os Atos das Disposições Constitucionais Transitórias) e no Código Civil 97 vezes. A Constituição Federal não definiu o significado do verbete “propriedade”. Muito menos caberia a ela fazê-lo. Quem o fez, e ainda assim por vias transversas, foi o Código Civil, em seu art. 1.228, que esboça a estrutura, e não o conceito do instituto.

Valcir Gassen²⁰² nos informa que o art. 524 do Código Civil de 1916 (cuja redação é praticamente a mesma do atual art. 1228 do Código Civil de 2002) é cópia fiel de um conceito histórico de propriedade, repetindo, na sua essência, as diretivas do art.

²⁰¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cistina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pág. 939.

²⁰² Op. cit. pag. 22.

544 do Código de Napoleão de 1804²⁰³. Ou seja, o Código Civil, mesmo o atual, quando insculpe o conceito/estrutura da propriedade, o faz nos mesmos moldes do século XIX.

Se o objetivo primordial desta pesquisa diz respeito a saber se o direito à moradia pode ser depreendido do conceito constitucional de propriedade, o que será melhor analisado no terceiro capítulo, resta ainda responder, como questão prévia, a uma série de outras indagações, dentre elas as seguintes: (1) qual o conceito constitucional de propriedade; (2) qual a diferença entre o conceito e o conteúdo da propriedade; (3) a relação entre o conceito constitucional e o conceito jurídico-civil da propriedade; (4) a função social como elemento integrante do conteúdo constitucional da propriedade.

A Constituição Federal não conceituou a propriedade, e nem era este o seu papel. A Lei Fundamental da República Federal Alemã, art. 14, 1, 2º parte,²⁰⁴ deixou claro que o conteúdo e os limites do direito da propriedade seriam definidos por lei.²⁰⁵ Embora a Constituição brasileira não contenha dispositivo semelhante, parece óbvio que no Brasil a regulamentação do direito de propriedade deva ser feita, também, mediante lei ordinária.

Surge aqui o primeiro problema. Muito embora o conteúdo do direito de propriedade seja determinado pela lei, não pode ser deixado ao seu alvedrio exclusivo a delimitação do âmbito de proteção, sob pena de subversão da supremacia hierárquica da Constituição. A proteção ao direito fundamental à propriedade privada não pode ficar condicionado exclusivamente ao conteúdo que lhe der a lei ordinária. O conceito de propriedade deve ser extraído do texto constitucional, não obstante seu conteúdo deva ser regulamentado por lei. Cabe àquela, e não às leis infraconstitucionais, moldar a essência da propriedade.

Nesse trabalho, não será objeto de análise o intrincado debate filosófico que, ao longo da história, tentava colocar ou refutar a propriedade como suposto do mundo natural. Como lembra Miguel Nogueira de Brito, estas discussões nunca foram pacíficas no plano da filosofia, muito menos no plano da dogmática constitucional.²⁰⁶

²⁰³ O fato de o art. 544 do Código Napoleônico não haver sofrido mudanças de redação ao longo de seus mais de 200 anos não significa que a jurisprudência francesa não tenha procedido à necessária evolução do instituto, hoje com feições modernas naquele país.

²⁰⁴ Lei Fundamental da República Federal Alemã, art. 14, 1, 1ª e 2ª parte: “A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei”.

²⁰⁵ Miguel Nogueira de Brito, citando Werner Böhmer, assevera que nenhuma outra Constituição da União Europeia contém norma semelhante ao art. 14, 1, 2ª parte da Lei Fundamental Alemã, por ser evidente que a tarefa de regulamentação do direito de propriedade caberia ao legislador infraconstitucional. BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 904, nota de rodapé 139. Entretanto, parece-nos que o art. 42, 3ª frase da Constituição Italiana possui norma semelhante.

²⁰⁶ BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Lisboa: Almedina, 2008, pág. 843.

Entretanto, partiremos da noção de que o direito de propriedade é criação do mundo jurídico. Ao contrário da vida, da liberdade e de outros direitos fundamentais que existem no mundo natural (mundo fático, mundo sensível) sem dependerem do plano jurídico, o direito de propriedade possui um caráter artificial, pois não existe como tal na natureza. É uma criação do direito. Se a propriedade não é produto da natureza, sua existência está a depender de reconhecimento por parte do ordenamento jurídico. A Constituição dita o conceito; as leis ordinárias o conteúdo.

Estabelecer o conceito constitucional de propriedade, de maneira que sirva de baliza e limites para o legislador ordinário em sua tarefa de conformação constitucional, passa por esse tríptico problema: (1) a propriedade não é uma dimensão do mundo natural ou da pessoa humana; (2) o reconhecimento da propriedade significa redução da liberdade dos não proprietários; (3) como envolve restrições impostas à coletividade, a propriedade privada exige legitimação democrática.²⁰⁷

2.2.2 – A propriedade constitucional na ótica do Supremo Tribunal Federal.

Por óbvio que a primeira fonte de pesquisa para se alcançar a extensão e os limites da propriedade constitucional no Brasil não poderia ser outra senão a jurisprudência do STF. Assim, segue abaixo um rol meramente exemplificativo de julgado onde o tema poderia ter vido tratado de maneira mais adequada.

O STF teve a oportunidade de se manifestar sobre a constitucionalidade ou não da Medida Provisória nº 168/90, convertida na Lei nº 8.024, de 12 de abril de 1990, que instituiu o Plano Collor e bloqueava os valores superiores a 50 mil cruzados novos depositados em instituições bancárias. Deveria ter sido debatida na ADI nº 534 se o bloqueio vulnerava o direito fundamental à propriedade, posto que infringia graves restrições à utilização privada e ao poder de disposição do dinheiro. O requerente (Partido Socialista Brasileiro) argumentava na petição inicial que o bloqueio configurava empréstimo compulsório fora das hipóteses constitucionalmente previstas. A violação à propriedade privada apareceu nesta ADI como *obter dictum*. A liminar foi indeferida sob o fundamento de “tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade”²⁰⁸. O

²⁰⁷ A ideia do parágrafo foi retirada de BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 903/904.

²⁰⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 534, Plenário, Rel. Min. Celso de Melo, j. 27.06.1991, Publ. DJ 1739, em 08.04.1994, pp. 210. Nesse julgado, foram vencidos os Ministros Celso de Mello, Paulo Brossard e Néri da Silveira, que votaram pelo deferimento da liminar.

mérito não foi objeto de análise, pois o STF terminou por julgar prejudicada a ADI N° 534, argumentando que “a cessação superveniente da eficácia da lei arguida de inconstitucionalidade inibe o prosseguimento da ação direta de inconstitucionalidade, desde que inexistam efeitos residuais concretos, derivados da aplicação do ato estatal impugnado”²⁰⁹. Nesta senda, o STF perdeu relevante oportunidade para traçar os contornos constitucionais da propriedade privada, em especial se os créditos (letras de câmbio, depósitos interfinanceiros, cessões de crédito) estariam abrangidos na garantia constitucional.

A questão de saber se os direitos de crédito integram ou não o conceito constitucional de propriedade foi analisada indiretamente em caso posterior. No julgamento das ADIs n° 4425 e 4357,²¹⁰ onde se discutia, dentre várias outras coisas, a constitucionalidade da Emenda n° 62/2009, naquilo que determinava que o índice de remuneração da caderneta de poupança servisse como fator de atualização monetária dos débitos judiciais da fazenda pública (art. 100, § 12 da CF), o STF decidiu que haveria inconstitucionalidade material desta norma por ofensa ao direito fundamental de propriedade. Na ótica do STF, a remuneração dos créditos judiciais por caderneta de poupança não preservaria o valor de compra da moeda, ofendendo o direito de propriedade. Portanto, ainda que de forma indireta, o STF deixou assentado que os direitos de crédito integram a garantia constitucional da propriedade. Parece claro que, na ótica do STF, a supressão da correta atualização monetária viola a diretiva constitucional.

O STF já decidiu, por exemplo, que a imposição de multa no valor de 25% sobre o valor da mercadoria para a empresa que descumprisse obrigação tributária principal ou acessória é confiscatória, violando tanto o art. 150, IV da CF, como também o direito fundamental à propriedade. Neste julgado, a propriedade foi tomada em sua acepção jurídico-civil. A corte suprema não procurou estabelecer e densificar, neste julgado, o conceito da propriedade constitucional.²¹¹

Nos casos das leis estaduais que concederam isenções em estacionamentos privados, uma das teses de mérito era a ofensa à propriedade privada. A violação à

²⁰⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 534, Plenário, Rel. Min. Celso de Melo, j. 26.08.1992, Publ. DJ em 08.04.1994, pp. 07240.

²¹⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4425, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, j. 14.03.2013, Publ. DJe 251, em 18.12.2013, pp. 125. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4357, Plenário, Relator para o acórdão, Min. Luiz Fux, j. 14.03.2013, Publ. DJe 188, em 26.09.2014.

²¹¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 75455, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Melo, j. 22.10.2013, Publ. DJe 234, em 28.11.2013.

utilização privada do imóvel por parte do proprietário era flagrante. Vencendo a tese da inconstitucionalidade formal (pois somente a União poderia legislar sobre este assunto, sendo vedado aos Estados e aos Municípios fazê-lo), a presença da inconstitucionalidade material não foi analisada pelo Tribunal. Mais uma vez o STF esquivou-se de definir e delimitar o conceito constitucional da propriedade privada.²¹²

Ao julgar constitucional a Lei nº 8.899/94, que concedia passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual, o STF decidiu que o diploma normativo não vulnerava do direito de propriedade, entendido como dimensão da livre iniciativa. Nesse julgado, a *ratio decidendi* fez pouca ou nenhuma referência ao conteúdo constitucional da propriedade. As razões para a constitucionalidade basearam-se mais na necessidade de implementação de tratados internacionais de proteção à pessoa com deficiência do que no direito de propriedade em si.²¹³

O mesmo estratagema foi utilizado pelo Tribunal para rechaçar a inconstitucionalidade do art. 224 da Constituição do Estado do Amapá, que concedia meia passagem a estudantes em transportes coletivos urbanos rodoviários e aquaviários. O requerente da ADI (Governador do Estado) alegou, dentre outras coisas, que o artigo impugnado da Constituição Estadual feria o direito de propriedade dos concessionários de serviço público, pois também já existiria lei do Município de Macapá beneficiando os estudantes com meia entrada. Assim, na prática a concessionária de serviço público estaria obrigada a fornecer gratuidade aos estudantes, ferindo o direito ao lucro, que integraria a propriedade privada. O Tribunal baseou o fundamento principal de sua decisão no fato de o transporte coletivo de passageiros configurar serviço público, devendo a iniciativa privada sofrer restrições em prol do interesse coletivo. Sobre a extensão da propriedade constitucional, nada foi debatido.²¹⁴

Também foi decidido pelo STF que leis que impõe restrições administrativas à propriedade privada, a princípio, não violam o direito fundamental consagrado no art. 5º,

²¹² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3710, Plenário, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 09.02.2007, Publ. DJe 004, em 27.04.2007, pp. 57. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1918, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 23.08.2001, Publ. DJ em 01.08.2003, pp. 99. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2448, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 23.04.2003, Publ. DJ em 13.06.2003, pp. 8.

²¹³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2649, Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 08.05.2008, Publ. DJe 197, em 17.10.2008, pp. 29.

²¹⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 845, Plenário, Rel. Min. Eros Grau, j. 22.11.2007, Publ. DJe 041, em 07.03.2008, pp. 31.

XXII da CF. No caso concreto, uma Resolução do Estado de São Paulo impedia que fossem realizados loteamentos na Serra do Guararu, fato que inviabilizou que o autor da demanda realizasse um empreendimento imobiliário na localidade. O STF, sem entrar na extensão do direito constitucional à propriedade, terminou por entender que o caso não autorizava indenização por perda da propriedade por desapropriação indireta, uma vez que a limitação administrativa já existia à data em que o autor adquiriu o imóvel.²¹⁵

Neste mesmo contexto (e sempre sem explicitar qual seria o conceito e a extensão da propriedade constitucional) não seria inconstitucional por infração à propriedade privada lei municipal que proibisse a instalação de ponto de revenda de combustíveis a menos de duzentos metros de estabelecimentos como escolas, igrejas e supermercados.²¹⁶ Muito menos seria inconstitucional decreto da Presidência de República que proíbe o corte e a exploração da vegetação nativa da Mata Atlântica.²¹⁷ Em ambos os casos, a propriedade foi tomada em sua acepção jurídico-civil.

No entanto, já se decidiu que, em caso de desapropriação, a cobertura vegetal onerada como área de preservação permanente deve ser objeto de indenização, sob pena de violação ao direito de propriedade.²¹⁸ O STF deixou claro que a tutela constitucional da propriedade abrange a garantia de compensação financeira sempre que os atos do Estado atingirem o conteúdo econômico deste direito.²¹⁹ Aqui, mais uma vez, tomou-se a propriedade em concepção jurídico-civil.

Em sua jurisprudência, o STF afirmou que não violaria o direito fundamental à propriedade privada, muito menos outros princípios constitucionais da tributação, realizar-se o “cálculo por dentro do ICMS”. Ou seja, não ofenderia a propriedade privada que a base de cálculo deste tributo corresponda ao valor da operação ou prestação somado ao valor do próprio tributo.²²⁰ Sem entrar no mérito acerca dos demais princípios da

²¹⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 526272, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 01.02.2011, Publ. DJe 035, em 22.02.2011, pp. 226.

²¹⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 235736, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23.03.2000, Publ. DJ em 26.05.2000, pp. 34.

²¹⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 487, Plenário, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. 09.05.1991, Publ. DJ em 11.04.1997, pp. 12177.

²¹⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 267817, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 29.10.2002, Publ. DJ em 29.11.2002, pp. 42.

²¹⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 134297, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Melo, j. 13.06.1995, Publ. DJ em 22.09.1995, pp. 30597.

²²⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 344270, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 15.10.2002, Publ. DJ em 22.11.2002, pp. 69. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 195323, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 10.08.1999, Publ. DJ em 10.09.1999, pp. 3.

tributação que o caso envolvia, caso o STF houvesse analisado a extensão do aproveitamento privado como elemento da propriedade constitucional, o resultado do julgamento poderia ter sido outro.

No julgamento da nulidade dos títulos de propriedade das glebas de terras localizadas dentro da reserva indígena denominada Caramuru-Catarina-Paraguçu, o STF decidiu que a aquisição *a non domino* não geraria o direito de propriedade, que seria da União. Determinou o Tribunal que todas as ações reivindicatórias e possessórias pendentes de julgamento nos juízos ordinários fossem extintas sem resolução de mérito²²¹. A oportunidade era excelente para se discutir se a posse histórica dos indígenas, ou mesmo a posse *longi temporis* dos ocupantes da reserva, integrariam ou não o conceito de propriedade constitucional. O mérito foi resolvido sem a discussão de tal envergadura, uma vez que o STF tomou a reserva como de propriedade da União, entendendo a propriedade em sua noção jurídico-civil.

Nas discussões que envolveram a demarcação da reserva Raposa Serra do Sol, no Estado do Roraima, percebe-se uma clara preocupação do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, em situar as terras indígenas como unidade sociocultural, e não política. Os diversos grupamentos indígenas, agregados a um território, não formariam uma unidade política autônoma, inexistindo circunscrições especiais de dimensão política. Assim, a reserva indígena foi tomada como de propriedade da União, entendida a propriedade em seu sentido jurídico-civil. Entretanto, a posse e o usufruto exclusivo destas terras integrariam o patrimônio jurídico dos indígenas. Resulta, segundo o julgado, que a demarcação de terras indígenas seria um “capítulo avançado do constitucionalismo fraternal”, não havendo que se falar em antagonismos entre a questão indígena e o desenvolvimento econômico. A posse e o usufruto exclusivo das terras indígenas devem ser compreendidos como institutos atípicos de direito Constitucional, não cabendo categorizá-la nas figuras tradicionais do Direito Civil. A demarcação deveria obedecer ao modelo peculiarmente contínuo, necessariamente endógena ou intraétnica, a evitar “que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura”.²²²

Desta feita, dos julgados analisados, afora o caso do julgamento da demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, que jogou luzes sobre a natureza da posse e do

²²¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Cível Ordinária 312, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02.05.2012, Publ. DJe 054, em 21.13.2013, pp. 01.

²²² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição 3388, Plenário, Rel. Min. Carlos Britto, j. 19.03.2009, Publ. DJe 181, em 25.09.2009, republicado do DJe 120, em 01.07.2010, pp. 229.

usufruto das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, o recurso à análise da jurisprudência do STF indicou que o tema poderia ter sido melhor cuidado pela Suprema Corte, em especial após a edição da Constituição de 1988. Em nenhum dos casos citados, e nem em qualquer outro caso que a pesquisa alcançou,²²³ ficou clara a delimitação da propriedade constitucional.

Pode concluir que, embora o tema pudesse ter sido objeto de investigação pelo STF no passado, não recebeu uma atenção mais detida no período após 1988. Não é que faltasse oportunidade para que o STF assim procedesse. Ou se passava ao largo da questão (como testemunham diversos dos acórdãos citados), ou então a matéria não era analisada sob o argumento de existência de óbices de natureza processual, como no ARE 802562 AgR,²²⁴ ARE 847732 AgR,²²⁵ ARE 768082 AgR²²⁶.

2.2.3 – Teorias da propriedade constitucional “natural”

Embora não seja a corrente dominante, não faltou quem tentasse enxergar a propriedade constitucional como um direito formado por elementos “naturais”, ou pelo menos que vissem neste direito a presença de ao menos um elemento natural, ou seja, com elementos do mundo fático.²²⁷

Estas teorias foram de duas ordens: (1) teoria da proibição jurídica, de Ulrich Hösch e (2) teoria do modelo do domínio, de Oliver Lepsius.

Na tentativa de identificar a essência da propriedade constitucional, Ulrich Hösch assevera que, além da conformação dada pela legislação ordinária, a qual afetaria um bem material à potestade do proprietário, também estaria incluído na propriedade constitucional o poder de proibir a ingerência de terceiros sobre este mesmo bem. O uso e o gozo do bem não integrariam o direito constitucional de propriedade, pelo simples fato de que tal possibilidade de ação seria objeto de tutela do direito à liberdade. A

²²³ Foram consultados no site do STF os 200 primeiros acórdãos que apareceram na pesquisa livre de jurisprudência para o verbete “propriedade”, que em 21 de dezembro de 2016 somava 2.192 acórdãos e 14 repercussões gerais. Todas as 14 repercussões gerais foram objeto de análise. Também foram consultados os 121 documentos que aparecem na pesquisa livre de jurisprudência para o verbete “XXII” (referência ao inciso da Constituição que consagra a propriedade privada).

²²⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 802562, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 02.08.2016, Publ. DJe 199, em 19.09.2016.

²²⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 847732, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 24.02.2015, Publ. DJe 45, em 10.03.2015.

²²⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 768082, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 09.04.2014, Publ. DJe 80, em 29.04.2014.

²²⁷ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 847.

possibilidade de uso e gozo do bem por parte do proprietário é decorrência da limitação à liberdade dos não proprietários. Desta forma, a possibilidade de atuação sobre a coisa decorre do princípio constitucional da liberdade, e não da propriedade. A propriedade constitucional teria por objeto, então, apenas a afetação da coisa a uma pessoa (segundo as leis ordinárias) e o poder de proibição de interferências alheias.

A teoria teria dupla implicação. Primeiro, deve ser considerado que, em sendo o uso e o gozo da coisa (aproveitamento do bem) uma decorrência da liberdade (e não da propriedade) seu exercício não dependeria de regulamentação por parte do Estado, pois o exercício da liberdade já estaria garantido constitucionalmente, independentemente de regulamentação. A limitação da liberdade é que precisa ser regulamentada, e não o seu exercício. Em segundo lugar, como a propriedade constitucional estaria reduzida ao poder de proibição, neste ponto haveria necessidade de regulamentação infraconstitucional. E dependeria de regulamentação não apenas porque a propriedade deva ser regulamentada, conforme se infere da Constituição, mas também porque o poder de proibição implica restrição à liberdade dos não proprietários. Outro ponto a destacar diz respeito ao fato de que o poder de proibição - ao contrário da liberdade (que decorre diretamente da projeção da pessoa como ser humano) - não poderia ser categorizado como um direito humano, o que enfraqueceria o regime de fundamentalidade de propriedade.²²⁸

Em resumo, na teoria de Ulrich Hösch, o aproveitamento do bem por parte do proprietário não faria parte da garantia constitucional da propriedade, que teria como elemento essencial o poder de proibição e o exercício do poder de proibir.²²⁹ Observa-se que, nesta teoria, o aproveitamento privado do bem (uso e gozo), seria expressão da liberdade que integra a projeção humana e sua dignidade. Esse elemento não seria jurídico ou “artificial”, mas natural, pré-jurídico e extraído diretamente da condição humana. Todavia, o aproveitamento privado não integraria a conceito constitucional da propriedade, cujo núcleo essencial seria o poder de proibição, elemento exclusivamente jurídico.

Já para Oliver Lepsius e sua teoria do modelo do domínio, o objeto de tutela do direito constitucional de propriedade seria o *domínio fático*, caracterizado pela relação de dominação fática de uma coisa por uma pessoa. Segundo Miguel Nogueira de Brito,

²²⁸ Todas as ideias contidas nesse parágrafo e nos dois parágrafos anteriores foi retirado de BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 857/859.

²²⁹ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 860. Cf. também, págs. 861/973, onde são colocadas as principais consequências da teoria de Ulrich Hösch e as objeções que lhes são opostas.

Lepsius não teria explicitado ou conceituado o que venha a ser o *domínio fático*, limitando-se a afirmar que a propriedade constitucional consistiria na forma de se exercer o domínio sobre as coisas. Entretanto, deixa claro que o domínio fático não se confunde com a posse, pois a posse estaria no âmbito do chamado *domínio jurídico*, que resultaria de uma caracterização normativa, dependente de reconhecimento e regulamentação infraconstitucional.²³⁰

Para Lepsius, o domínio fático seria o elemento que justificaria a proteção da propriedade como um bem constitucional. Além do aproveitamento privado e da faculdade de disposição, que emergem da regulamentação infraconstitucional, a propriedade é caracterizada pelo reconhecimento do domínio sobre muitas coisas e de variadas maneiras, sendo essa a essência do conceito constitucional da propriedade, que não estaria a depender de regulamentação.²³¹

O domínio fático seria o objeto de proteção da propriedade constitucionalmente assegurada porque objetivaria a concretização da autonomia privada no plano patrimonial, de modo a permitir ao indivíduo um raio de liberdade para traçar seu destino material, de maneira a alcançar uma “formação responsável da vida”.²³² Dito por outras palavras, ver o domínio fático como o elemento essencial da propriedade constitucional teria a vantagem de sedimentar a justificativa e a legitimidade da propriedade privada na autonomia privada patrimonial, expressão da liberdade individual na conformação do destino material da existência humana.

A teoria de Lepsius, ao separar os componentes objetivos (domínio fático) e os componentes interpessoais (aproveitamento privado e faculdade de disposição) teria a vantagem de colocar em panos claros o objeto da tutela constitucional, diferenciando-o daquilo que seria objeto de regulamentação legal. Apenas o domínio fático, emergente da necessidade humana de formação responsável da própria vida (aspecto patrimonial da liberdade), seria objeto de tutela constitucional. Mais ainda: como o exercício de potestade de uma pessoa sobre uma coisa é natural e pré-jurídico, a teoria de Lepsius ainda teria a vantagem de colocar a propriedade como antecedente ao próprio Estado e ao Direito. O objeto da tutela constitucional da propriedade passa a ser um fato do mundo natural, o que potencializaria o direito fundamental por colocá-lo como precedente à ordem jurídica, devendo ser defendido contra todos, inclusive contra o Estado. Além do

²³⁰ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 873 e 878.

²³¹ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 873/875.

²³² BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 875

mais, se o domínio fático é o objeto da tutela constitucional, extrai-se que o legislador ordinário não tem liberdade absoluta na caracterização do conteúdo infraconstitucional da propriedade, pois tudo aquilo que é constitucionalmente protegido, deve ser normativamente caracterizado no plano infraconstitucional.²³³

As objeções à teoria de Oliver Lepsius são fortes e contundentes. A primeira delas diz respeito a que, limitando a propriedade constitucional ao domínio fático, isso termina por restringir significativamente o conceito. Como lembra Miguel Nogueira de Brito, embora Lepsius tente forjar uma distinção, a teoria do *domínio fático* termina por identificar o objeto de tutela constitucional da propriedade com a posse. Por outro lado, ficariam de fora da proteção constitucional todos os direitos de crédito. O domínio sobre as coisas terminaria por identificar-se com a liberdade de apropriar-se e de usar a coisa, tornando a proteção constitucional redundante, pois o que se protege com a propriedade já seria protegido pela liberdade. A distinção entre os planos objetivo e das relações interpessoais também é questionada. Em sendo a propriedade uma relação jurídica, toda ela há de ser relação intersubjetiva.²³⁴

Fracassaram a teoria da proibição jurídica e a do modelo do domínio, que eram as duas candidatas mais fortes a ver elementos pré-jurídicos no conceito constitucional da propriedade. Como relata Miguel Nogueira de Brito, embora ambas as teorias possam ser aparentemente diferentes, ambas procuraram fundamentar o conceito constitucional de propriedade em um bem pré-jurídico, anterior ao direito. Embora diversas, as teorias da proibição jurídica e a do modelo do domínio possuem uma afinidade substancial que determinou o fracasso de ambas: procuravam identificar a proteção constitucional da propriedade no objeto sobre a qual recairia a propriedade, e não na propriedade em si.²³⁵

Como arrematam Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, a dificuldade na determinação do conteúdo constitucional da propriedade não pode ser resolvida recorrendo-se a fatores pré-jurídicos, naturais ou sociais.²³⁶

2.2.4 – Estrutura da propriedade constitucional

²³³ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 875/877.

²³⁴ Para uma análise mais profunda das objeções à teoria de Oliver Lepsius, Cf. BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 879/902.

²³⁵ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 903.

²³⁶ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, págs. 241.

2.2.4.1 – Notas introdutórias

A Constituição Federal alçou a propriedade privada a um patamar de direito fundamental (art. 5º, inc. XXII) e a um princípio da ordem econômica (art. 170, inc. II). Consagra uma dupla garantia para a propriedade. Primeiramente, assegura uma garantia institucional ou objetiva; em segundo lugar, uma garantia individual ou subjetiva. A garantia institucional da propriedade privada protege a propriedade como instituição. Dirige-se exclusivamente ao legislador, que além de não poder erradicá-la do ordenamento, deverá preservar sua existência e sua funcionalidade dentro do sistema. A garantia subjetiva, dirigida aos poderes legislativo, executivo e judiciário, protege as posições jurídico-patrimoniais do cidadão.²³⁷ É essencialmente um direito de defesa contra o Estado, possuindo cunho negativo.

É na perspectiva subjetiva ou individual que devemos entender que a Constituição objetivou garantir que os bens e outras posições patrimoniais dos particulares estivessem infensas a ataques e ingerências realizadas pelo Estado. A Constituição consagra, portanto, uma *garantia de existência* de posições jurídico-patrimoniais.²³⁸

Ainda em sua perspectiva subjetiva, o direito fundamental de propriedade estaria caracterizado pela outorga ao particular de um *poder de domínio* sobre situações patrimoniais. Este poder de domínio decompõe-se em dois braços: o *ter* seria o elemento estático da propriedade; o *utilizar* seria o elemento dinâmico.²³⁹

Segundo Fernando Correia, a laboriosa jurisprudência o Tribunal Constitucional alemão terminou por outorgar à propriedade privada, na estruturação dos direitos fundamentais, o papel de “assegurar ao titular do direito um *espaço de liberdade (Freiheitsraum)* no âmbito jurídico-patrimonial, através do reconhecimento de direitos de decisão, de utilização e de domínio, possibilitando-lhe, desse modo, uma conformação da sua vida, estribada numa responsabilidade pessoal”.²⁴⁰

O papel da liberdade como fundamento da propriedade é inegável. O papa João XXIII, em sua encíclica *Mater et Magistra* já ponderava: “que a propriedade privada seja

²³⁷ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*. 4 ed. Lisboa: Almedina, vol. I, 2012, pág. 799/802. O autor assegura que este tipo de interpretação pode ser inferida do ordenamento jurídico-constitucional da Alemanha, da França e também de Portugal.

²³⁸ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Op. cit.* pág. 241.

²³⁹ CORREIA, Fernando Alves. *Op. cit.* pág. 799/802.

²⁴⁰ CORREIA, Fernando Alves. 803. Os itálicos constam do original.

garantia da liberdade essencial da pessoa humana e elemento insubstituível da ordem social”.²⁴¹

Também haveria estreita conexão entre a propriedade privada e o direito fundamental ao *livre desenvolvimento da personalidade*, reconhecidos pelo art. 26, 1 da Constituição de Portugal e art. 2, 1, da Lei Fundamental alemã.²⁴²

Em outras palavras, o constitucionalismo europeu, notadamente o da Alemanha e o de Portugal, vem construindo toda a teoria constitucional da propriedade privada sobre os alicerces da liberdade e do livre desenvolvimento da personalidade.

Embora a Constituição brasileira não consagre expressamente o *livre desenvolvimento da personalidade* como direito fundamental, parece que ele possa ser facilmente dedutível tanto do princípio da dignidade da pessoa humana como também da liberdade. Tratar-se-ia, na classificação utilizada por Ingo Sarlet, de um princípio constitucional implícito.²⁴³ O que resta agora é saber se também no constitucionalismo brasileiro o direito de propriedade privada pode ter por fundamento a liberdade e o livre desenvolvimento da personalidade.

2.2.4.2 – Utilização privada e faculdade de disposição

Fazem parte da estrutura do conceito constitucional da propriedade a *utilização privada* e a *faculdade de disposição*.²⁴⁴ Embora rememore, a *utilização privada* não se confunde com as elementares do *ius utendi* e *ius fruendi*, que já integravam a estrutura da propriedade romana e ainda integram a estrutura da propriedade jurídico-civil. Quanto ao *poder de disposição*, também não se confunde com o *ius abutendi*.

A inclusão da *utilização privada* e do *poder de disposição* na estrutura constitucional da propriedade suscita, a princípio, duas ordens de indagações. Em primeiro lugar, o que justificaria a inserção de ambos como elementos estruturais do conceito constitucional de propriedade? Em segundo lugar, transplantar elementos que

²⁴¹ Encíclica *Mater et Magistra*. Itens 109/112. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html>. Acesso em: 28 dez 2016. Cf, CORREIA, Fernando Alves. *Op. cit.* pág. 803.

²⁴² CORREIA, Fernando Alves. *Op. cit.* pág. 804.

²⁴³ SARLET, Wolfgang Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pág. 85/116. Nestas páginas o autor expõe critérios para a identificação da chamada *fundamentalidade material*. Tais critérios são muito úteis para a identificação de direitos fundamentais implícitos ou fora do catálogo.

²⁴⁴ Os termos *utilização privada*, *poder de disposição* e *faculdade de disposição* foram copiados da obra de Miguel Nogueira de Brito, muitas vezes já citada.

parecem hauridos do conceito jurídico-civil da propriedade para a estrutura do conceito constitucional não significaria submissão da Constituição às leis ordinárias ou, pelo menos, uma reverência ou subalternidade?

Miguel Nogueira de Brito assevera que, de início, seria a conexão entre propriedade e liberdade o fator a justificar os elementos estruturais da primeira. Isso porque caberia à propriedade, no conjunto dos direitos fundamentais, a espinhosa tarefa de dar ao seu titular um espaço de liberdade na esfera patrimonial, de modo a garantir que o indivíduo realize a condução responsável do destino material de sua existência.²⁴⁵

No arranjo e concerto entre todos os direitos fundamentais, caberia à propriedade dar o espaço de liberdade necessário à conformação da esfera patrimonial. A utilização privada e o poder de disposição entrariam como elementos estruturais da propriedade constitucional porque sem eles seria inviável a existência do espaço de liberdade patrimonial necessário à realização responsável da própria existência.

Por outro lado, como a propriedade privada pressupõe a presença de elementos estáticos (*ter*) e dinâmicos (*utilizar*), a *utilização privada* nada mais seria do que um mínimo de *ter* e de *utilizar* a ser resguardado pelo ordenamento jurídico-civil de modo a preservar a propriedade como instituição (dimensão objetiva) e como garantia de permanência (dimensão subjetiva).

Como lembra Bernhard Schlink e Bodo Pieroth, deduz-se da garantia de instituto assegurada pela Constituição que deverá existir um “núcleo fundamental de normas” a qual possamos chamar de propriedade. Para merecer este nome, o “núcleo fundamental de normas” deverá garantir um mínimo de *utilização privada* e de *faculdade de disposição* a um particular, sem o que não poderíamos falar em propriedade privada.²⁴⁶ O conteúdo e os limites da *utilização privada* e da *faculdade de disposição* não de ser ditados pela lei, que no entanto não poderá suprimi-los ou tolher-lhes por completo a funcionalidade, sob pena de violação ao núcleo essencial do direito fundamental.

Em que pese tais argumentos, Miguel Nogueira de Brito refuta a tese de que a propriedade possa ser justificada com base exclusivamente na garantia de liberdade. Para ele, a propriedade como instrumento da liberdade serviria apenas para justificar a propriedade dos bens necessários ao uso próprio de seu titular, não dando conta de justificar sua acumulação excessiva (aspecto quantitativo) e as consequências desta

²⁴⁵ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 905/907. No mesmo sentido, CORREIA, Fernando Alves. *Op. cit.* pág. 803; PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Op. cit.* pág. 241.

²⁴⁶ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Op. cit.* pág. 254.

acumulação. Por outro lado, segundo afirma, a propriedade fundamentada na base material da liberdade pessoal seria apenas o início, o ponto de partida da concretização da liberdade, e não a liberdade em si. Como se isso não bastasse, fazer da propriedade um instrumento da liberdade teria reduzido efeito prático, tendo em vista que a liberdade seria assegurada por diversos outros sistemas de controle social. E o jurista português arremata dizendo que mais certo seria buscar a conexão da propriedade com outros direitos fundamentais, em especial aqueles que protegem a autonomia privada e tutelam a vontade individual.²⁴⁷

Embora as objeções de Miguel Nogueira de Brito pareçam estar corretas, o fato é que a liberdade vem sendo manejada como fundamento a justificar tanto a utilização privada como o poder de disposição como elementos estruturantes do conceito constitucional da propriedade. Isso significa que a utilização privada e o poder de disposição aumentam as possibilidades de ação patrimonial de seu titular. Fundamentada na liberdade, não ficaria de fora do conceito constitucional da propriedade privada as situações e posições jurídicas patrimoniais que elevam o raio de ação de seus titulares.²⁴⁸

Justificar a *utilização privada* e o *poder de disposição* com base na necessidade de construção de uma esfera de liberdade no âmbito jurídico-patrimonial teria uma consequência prática das mais relevantes. A *utilização privada* e o *poder de disposição* seriam entendidos de maneira bem mais ampla do que permitiria a sua identificação com as elementares do *ius utendi, fruendi e abutendi* da propriedade jurídico-civil. O conceito constitucional de propriedade passa a ser qualitativa e quantitativamente diferente do conceito jurídico-civil.²⁴⁹

O argumento da liberdade, que serviria para justificar a possibilidade de ação do titular da propriedade sobre uma determinada coisa, bem como a faculdade de transmitir o direito sobre esta mesma coisa para outrem, ou de alienar a coisa e transformá-la em dinheiro, também seria suficiente para justificar o cumprimento de um contrato ou a sua transferibilidade para terceiros. A garantia constitucional da propriedade passaria a abranger não apenas a propriedade jurídico-civil clássica, mas principalmente os direitos

²⁴⁷ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 905/907

²⁴⁸ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 906/907. Segundo o autor, este tem sido o posicionamento do Tribunal Constitucional alemão e de autores como J. W. Harris e Rudolf Wendt, o qual colocam a liberdade na base da justificação do domínio privado sobre as coisas.

²⁴⁹ Acerca desta questão no direito alemão, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink asseveram que a propriedade constitucional começou a alargar-se frente à propriedade jurídico-civil antes mesmo da Lei Fundamental de 1949, pois as discussões acerca da correta interpretação do art. 153 da Constituição Imperial de Weimar, de 1919, estenderam a garantia da propriedade a inúmeras situações não abraçadas pelo BGB (*op. cit.* pág. 242).

de crédito, os direitos autorais e de propriedade industrial, a apropriação privada de empresas e outros. Miguel Nogueira de Brito, fundamentado em Rudolf Wendt, assevera que qualquer liberdade no âmbito privado que tenha expressão patrimonial torna-se objeto da garantia constitucional da propriedade, não sendo lícito fazer discriminações para a exclusão de categorias.²⁵⁰

Por fim, somos inclinados a pensar que a *utilização privada* e o *poder de disposição*, tratados como instrumentos da liberdade enxertados na estrutura do conceito constitucional da propriedade, não significaria qualquer tipo de subalternidade da Constituição para com o Código Civil. Isso revelaria, apenas, um nível raso de coincidência entre alguns elementos estruturais da propriedade constitucional com os da propriedade jurídico-civil. Uma tal coincidência de modo algum significaria coincidência de conteúdo. Significa tão-só “que a propriedade de direito civil assume um papel paradigmático na identificação de posições jurídicas merecedoras de tutela constitucional”.²⁵¹

2.2.4.3 – Poder de aquisição

Quando o assunto diz respeito a saber se o *poder de aquisição* faz parte da estrutura da propriedade constitucional, a precisão de conceitos é fundamental, pois o *poder de aquisição* pode ser tomado em três acepções diferentes. A questão que se quer solucionar consiste em saber se se encontra no âmbito de proteção da garantia constitucional da propriedade não apenas a propriedade já adquirida, mas a propriedade a adquirir-se, ou, mais precisamente, o direito à aquisição da propriedade. No contexto, faria sentido diferenciar o *direito de propriedade* do *direito à propriedade*.²⁵²

Lembra Miguel Nogueira de Brito que o Tribunal Constitucional alemão teria firmado em sua jurisprudência o entendimento segundo a qual o direito constitucional de propriedade protegeria apenas o que já foi adquirido, ou seja, o produto do exercício da profissão ou da livre iniciativa. As atividades necessárias à aquisição da propriedade seriam objeto de tutela da liberdade de profissão e da livre iniciativa (art. 12 da Lei Fundamental de 1949), e não do direito de propriedade. A expectativa de aquisição de

²⁵⁰ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 906/907.

²⁵¹ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 907.

²⁵² A distinção está presente em Maria Lúcia Amaral, Walter Leisner, Canotilho e Vital Moreira. Cf. BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 937/945.

propriedade futura está fora da garantia constitucional, que abrange apenas situação concretas e já adquiridas. Portanto, o direito a ter acesso à propriedade dos meios de produção não integraria o direito fundamental à propriedade. A atividade necessária para a aquisição da propriedade é tutelada por outros direitos fundamentais, mas não integra o núcleo estruturante da propriedade constitucional.²⁵³

A nosso ver, o raciocínio não há de ser aplicado à recomposição de patrimônio perdido, pois aqui não está em jogo o desenvolvimento de qualquer atividade, muito menos a hipótese se confunde com possibilidade de lucros ou com ganhos futuros.

Aplicado tal raciocínio ao direito brasileiro, teríamos, *v. g.*, que lei municipais que proíbem o serviço de táxi conhecido como Uber²⁵⁴ poderiam até violar os princípios constitucionais do livre exercício da profissão ou da livre iniciativa, mas não ofenderiam o direito de propriedade, mesmo que o direito fosse tomado em sua acepção de direito de acesso à propriedade.

O mesmo não se poderia dizer da Convenção de Montreal,²⁵⁵ naquilo em que limita o valor das indenizações a serem pagas pelo transportador aéreo em caso de danos aos passageiros e a suas bagagens. A limitação à indenização ofenderia a garantia constitucional de tutela da propriedade privada.

Se entendermos que o poder de aquisição consiste no genérico direito de ter acesso à propriedade, ou mais precisamente no direito de não ser impedido de ter acesso à propriedade como instituição (garantia objetiva da propriedade), parece claro que o poder de aquisição faz parte do conceito constitucional da propriedade. À tutela constitucional ao que já foi adquirido, que abrange a necessidade de manutenção de situações jurídicas decorrentes da garantia de permanência (garantia individual da propriedade constitucional), deve somar-se a garantia de que o legislador não poderá eliminar a possibilidade futura de aquisição de situações e posições jurídicas de direito patrimonial (garantia institucional da propriedade). Leis ordinárias não poderiam, por exemplo, proibir genericamente uma pessoa de ser proprietária, como já aconteceu com os escravos.

Ficaria fora da tutela constitucional o direito à aquisição de um bem certo, específico ou determinado, desde que a restrição guarde obediência ao princípio da

²⁵³ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 940/941. No mesmo sentido, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Op. cit.* pág. 244.

²⁵⁴ Lei Municipal nº 18.176, de 29 de agosto de 2015, do município do Recife. Lei Municipal nº 6.106/16, do município do Rio de Janeiro.

²⁵⁵ Promulgada pelo Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006.

proporcionalidade (necessidade, adequação, proporcionalidade em sentido estrito). Leis que restringem aos estrangeiros o acesso à terra,²⁵⁶ ou que limitam sua participação em empresas jornalísticas e de radiodifusão²⁵⁷ ou empresas aéreas²⁵⁸, não ferem o direito constitucional à propriedade.

Se entendermos o direito de acesso à propriedade como o direito a ter acesso aos recursos materiais produzidos ou existentes em uma dada sociedade, nesta acepção não entraria a garantia constitucional. A propriedade poderia ser vista como o direito de o seu titular proibir a ingerência de terceiros sobre uma determinada coisa. Também poderia ser vista como o direito de todos a serem incluídos nos recursos materiais da sociedade. Em conformidade com o argumento imputado a Maria Lúcia Amaral, importaria mais à propriedade constitucional o direito de incluir a todos do que conferir a uma única pessoa o direito de excluir as demais. Refutando a tese proposta pela ex-integrante do Tribunal Constitucional português, Miguel Nogueira de Brito colaciona que não teria sentido pensar que a mesma garantia constitucional alberga tanto o direito de excluir terceiros como o direito dos terceiros de não serem excluídos.²⁵⁹

Em resumo, o direito de acesso à propriedade pode ser tomado em três vertentes: (a) o direito à propriedade como instituição jurídica; (b) direito de adquirir os bens disponíveis em sociedade, isto é, liberdade individual de adquirir; (c) o direito de não ser excluído dos recursos materiais existente na sociedade. A garantia constitucional da propriedade abrangeria apenas a hipótese (a). Se tomarmos o direito à propriedade nas acepções (b) e (c), estariam de fora da tutela constitucional.²⁶⁰

2.2.4.4 – Direitos, situações e posições jurídicas de direito público

Resta agora analisar se os direitos subjetivos públicos com expressão patrimonial estão abrangidos ou não na tutela constitucional da propriedade. A dúvida é pertinente porque a mesma liberdade que justifica a inclusão do aproveitamento privado e da faculdade de disposição como elementos estruturantes da propriedade constitucional também poderia justificar a inclusão de direitos públicos com expressão patrimonial.

²⁵⁶ Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971 e Decreto nº 74.965, de 26 de novembro de 1974.

²⁵⁷ Lei nº 10.610, de 20 de dezembro de 2002. A lei seria constitucional, ainda que não existisse o art. 222, 4º da CF.

²⁵⁸ Art. 181, Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica). Este artigo ainda se encontra vigente, tendo em vista o veto parcial ao art. 4º da Lei 13.319, de 25 de julho de 2016.

²⁵⁹ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 943/944.

²⁶⁰ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 945.

Como aponta Miguel Nogueira de Brito, possibilitar ao indivíduo um espaço de liberdade para a concretização responsável de sua existência patrimonial não é incompatível com posições jurídicas de direito público de caráter econômico.²⁶¹

A doutrina que tentou justificar a inclusão de situações de direito público no âmbito de proteção da propriedade constitucional baseia-se em três níveis de argumentos. O primeiro deles conecta-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual asseguraria a todos um mínimo material capaz de fazer concreto a dignidade. A tutela constitucional da propriedade, fundamentada na dignidade da pessoa humana, dirigir-se-ia tanto para situações jurídico-privadas como para situações jurídico-públicas. A proteção constitucional residiria na pessoa, e não em seus bens. Num segundo nível, a concretização material da dignidade da pessoa humana estaria densificada em dois outros princípios: o da liberdade de desenvolvimento da própria vida (que protegeria a aquisição dos bens materiais que fosse resultante do esforço e do trabalho próprio) e o da igualdade (por intermédio do qual haveria de ser compensado um eventual sacrifício patrimonial imposto a uma pessoa). No terceiro nível, surgiria o direito de propriedade como o direito fundamental capaz de impor ao Estado o dever de respeitar os bens adquiridos pela pessoa por intermédio do esforço e do trabalho próprio, ou a compensar-lhe por sacrifícios patrimoniais.²⁶² O resultado patrimonial da realização própria do indivíduo (trabalho e livre iniciativa) é sempre tutelada pela propriedade constitucional, pouco importando que sejam relações privadas ou públicas.

Aceitar uma argumentação desta envergadura teria duas consequências relevantes. A primeira delas consiste em tornar indiferente para a tutela constitucional da propriedade as relações jurídicas de direito público ou de direito privado, desde que tenham conteúdo patrimonial. A segunda delas é colocar de fora da garantia constitucional da propriedade os bens e situações jurídicas que não foram adquiridos pelo indivíduo por força de seu trabalho, de sua livre iniciativa ou por compensação de um sacrifício pessoal. Os direitos patrimoniais oriundos do Estado Social, que não são adquiridos por força de seu trabalho, de sua livre iniciativa ou por compensação de um sacrifício pessoal, não poderiam fazer parte do direito de propriedade. Seriam benesses do Estado. Por outro lado, situações jurídicas de direito público patrimonial oriundas do

²⁶¹ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 907/909.

²⁶² Segundo Miguel Nogueira de Brito, tal argumentação pertence a Günter Düring (*op. cit.* pág. 911/912), para quem não faria sentido distinguir-se entre direitos subjetivos patrimoniais públicos ou privados, uma vez que todos estariam sob a tutela da propriedade constitucional.

trabalho próprio, da livre iniciativa ou por compensação de um sacrifício pessoal estariam abraçados pela propriedade constitucional.²⁶³

Por esse raciocínio, integraria a propriedade constitucional as licenças e permissões administrativas para o exercício de profissão ou de atividade industrial ou comercial, caso se consolidem na esfera jurídica do indivíduo, bem assim o direito a regime jurídico previdenciário contributivo. Ficariam de fora da propriedade constitucional benefícios de assistência social obtidos sem o esforço próprio ou não outorgados em compensação de um sacrifício pessoal, como os rendimentos do bolsa família, e os benefícios de prestação continuada da Lei de Assistência Social (Lei nº 8.742/93).²⁶⁴

A teoria de Günter Düring, que procura justificar a inclusão de algumas situações patrimoniais de direito público no âmbito de proteção da propriedade constitucional, não pode ser aceita. Em primeiro lugar, ela deixaria de fora do âmbito de proteção situações patrimoniais de direito privado que deveriam estar incluídas, como no caso dos bens adquiridos sem um esforço ou trabalho próprio de seu titular, ou como compensação por um sacrifício. Os bens privados adquiridos por herança ou loteria, por exemplo, ficariam de fora da tutela constitucional. Além do mais, se a propriedade teria por missão constitucional assegurar um mínimo material indispensável à vida digna; se sua tarefa seria concretizar a liberdade na conformação patrimonial da própria vida, de modo a permitir o livre desenvolvimento da pessoa humana, não poderia ficar de fora da proteção constitucional da propriedade as situações e posições jurídicas que objetivem assegurar tais postulados, ainda que elas não tenham por causa um trabalho ou atividade própria, muito menos a compensação por um sacrifício pessoal.²⁶⁵

Isso quer dizer que o modo de aquisição não é constitucionalmente relevante para a delimitação do âmbito de proteção. Quer isso dizer, também, que não pode ser aceita a tese de que o trabalho próprio, o exercício da livre iniciativa e a compensação por especial sacrifício sejam o fundamento justificador da propriedade constitucional. Os direitos, posições e situações jurídicas de direito público não estão garantidas pela propriedade constitucional, e nem teria sentido prático que assim fosse. Antes, a defesa de tais situações jurídicas dá-se com base na dignidade da pessoa humana, na igualdade

²⁶³ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 910/912.

²⁶⁴ Embora os exemplos contidos no parágrafo sejam tipicamente brasileiros, a ideia foi retirada de BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 913.

²⁶⁵ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 918/919.

e nos princípios motrizes do Estado Social (direito à saúde, educação, à assistência social etc.).²⁶⁶

Proteger situações jurídicas de direito público por intermédio do direito de propriedade, além de sua reduzida eficácia prática, exigiria uma argumentação que não encontra justificativa no seio constitucional. Paralelamente a isso, assenta-se que a questão de saber se situações e posições jurídicas de direito público integrariam a garantia da propriedade em sentido constitucional pode até ser relevante em países como a Alemanha, onde, por questões históricas especialmente relacionadas à segunda guerra, os direitos sociais não foram incluídos no rol dos direitos fundamentais e, portanto, não gozam do regime jurídico de fundamentalidade. Em sendo vencedora a tese, diversas posições jurídicas típicas do Estado Social entrariam no regime de fundamentalidade pela estreita janela da propriedade privada. Já no Brasil, onde todos os direitos sociais são direitos fundamentais (CF, art. 6º e 7º), o problema não se mostra tão relevante.

2.2.5 – As relações entre a propriedade constitucional e a propriedade jurídico-civil

Até agora, pode-se chegar às seguintes conclusões: (a) que a Constituição, ao tutelar a propriedade como direito fundamental, consagra uma garantia de instituto e uma garantia de permanência; (b) que a liberdade está na base material da justificativa de reconhecimento da propriedade como direito fundamental; (c) que a estrutura da propriedade privada compreende apenas a *utilização privada* e a *faculdade de disposição*; (d) que não compõe e estrutura da propriedade constitucional o direito ao acesso à propriedade, muito menos posições jurídicas de direito público.

Entretanto, é correto afirmar que a Constituição não permite que se extraia dela mesma o conteúdo do direito fundamental à propriedade, sendo imprescindível a intermediação da lei para a determinação de tal conteúdo. Como mencionado linhas atrás, as Constituições modernas não trazem em seu bojo um conceito para a propriedade, entregando a tarefa ao legislador. Isso quer dizer que a investigação sobre o conceito da propriedade constitucional esgota-se na identificação de seus elementos estruturais e também naquilo que lhe serve de justificativa. Não se encontram na Constituição elementos que ditem o conteúdo da propriedade, para além de sua estrutura.²⁶⁷ A lei se faz necessária nessa tarefa de preenchimento e densificação constitucional.

²⁶⁶ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 919/921.

²⁶⁷ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 950/951.

Miguel Nogueira de Brito lembra que é possível teorizar dois modelos principais acerca das relações entre a propriedade constitucional e a propriedade jurídico-civil. No primeiro modelo, a propriedade identifica-se com o conceito ditado pelo Código Civil. O conceito da propriedade jurídico-civil esgota-se e restringe-se ao conceito do Código Civil. Restrições e deveres impostos à propriedade em prol do interesse social, nada mais são do que elementos externos e estranhos à propriedade. No segundo modelo, os deveres e restrições impostos ao proprietário são elementos internos do conceito de propriedade. As restrições não são propriamente “restrições à propriedade”, pois deixam de ser elementos externos constriativos da propriedade para dela se tornarem elementos internos e delimitadores de seu conceito. Neste segundo modelo, as normas de direito privado não teriam precedência sobre as normas de direito público para a definição da propriedade como objeto de garantia constitucional, rejeitando-se a ideia de uma propriedade civil sujeita a posterior restrições por normas de direito público. Desta feita, os deveres impostos ao proprietário pelas normas de direito público são imanentes ao conceito de propriedade, e não uma restrição.²⁶⁸

Para o primeiro modelo, o objeto da garantia constitucional identifica-se com o conceito de propriedade haurido do Código Civil. A função social, que impõe deveres ao proprietário no interesse da coletividade, seria uma fonte de restrições ao direito fundamental. No segundo modelo, os deveres impostos ao proprietário em nome da função social seriam elementos endógenos da propriedade, e não uma restrição externa.²⁶⁹

Tomando por base a Constituição, qual dos dois modelos pode ser melhor justificado? Se a base justificadora da propriedade privada é a liberdade conferida ao proprietário para ditar o destino material de sua existência; e se a função social é elemento de limitação desta liberdade em benefício da liberdade dos não proprietários, a garantia constitucional da propriedade resume-se, em conformidade com os ditames da proporcionalidade, em harmonizar a liberdade dos proprietários com a liberdade dos não proprietários. O reconhecimento da propriedade como direito fundamental pressupõe não apenas a tensão permanente entre essas duas liberdades, mas também sua perpétua harmonização. A harmonização dessas duas liberdades há de se dar internamente à propriedade constitucional. Daí que o segundo modelo encontra uma justificativa mais razoável se o ponto de referência for o modelo constitucional da propriedade privada.

²⁶⁸ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 947/948.

²⁶⁹ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 949.

A noção de *imanência* dos limites à propriedade, ideia proposta por Jochen Lehmann, tem uma série de consequências. A primeira delas é a rejeição da existência de uma propriedade individual antagônica a uma propriedade social. A estrutura da propriedade constitucional torna sem sentido a adversariedade entre *propriedade individual e propriedade social*, pois a Constituição exige que no modelo normativo a ser adotado pelo legislador estas duas perspectivas estejam devidamente harmonizadas.²⁷⁰

Em segundo lugar, a estrutura da propriedade constitucional passa a ter uma função de qualificação (adjetivação) das situações jurídicas criadas pelo legislador. Muito embora não seja extraível diretamente da Constituição qualquer situação ou posição jurídica de cunho concreto, a estrutura constitucional da propriedade dirige um claro mandamento de otimização ao legislador, que deverá fazer a otimização entre o interesse individual e o interesse social. A obediência ou a quebra a este mandamento de otimização qualifica a situação jurídica concreta como conforme ou disforme ao direito fundamental constitucionalmente assegurado. É nesse sentido que se diz que a estrutura da propriedade constitucional tem por função precípua a *qualificação* das situações jurídicas criadas pelo legislador.²⁷¹

Outra ideia relacionada à imanência prende-se ao fato de que, para além de sua estrutura (aproveitamento privado e faculdade de disposição), não é possível extrair-se diretamente do texto constitucional que o proprietário tenha direito ao uso da coisa. Em outras palavras, a garantia de uso da propriedade não é decorrência direta do texto constitucional, pois mesmo que adotássemos uma interpretação amplíssima e finalística, não seria possível concluir que da Constituição brota, de maneira imediata, o direito de o proprietário usar a coisa objeto da propriedade. Isso quer dizer que o direito ao uso pressupõe a intermediação do legislador. A proteção constitucional ao direito de uso ocorre por intermédio da *função de qualificação* de posições jurídicas da estrutura constitucional da propriedade privada, donde é de se concluir que o reconhecimento de sua tutela requer intermediação legislativa.²⁷²

Não faltou quem defendesse a ideia segundo a qual o direito de uso devesse ser extraível diretamente da Constituição, sem a intermediação do legislador.²⁷³ A concepção

²⁷⁰ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 948 e 951.

²⁷¹ Todas as ideias constantes do parágrafo foram retiradas de BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 947/51.

²⁷² BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 954/955.

²⁷³ Segundo Miguel Nogueira de Brito, essa ideia foi defendida por Andreas Lubberger (*Op. cit.* pág. 954/955).

subjacente à proteção constitucional imediata do uso da propriedade tem como pressuposto a necessidade de uma maior proteção à liberdade patrimonial que está na base material da propriedade. Se o direito ao uso não fizesse parte da proteção diretamente extraível da Constituição, a utilização privada e o poder de disposição estariam a depender do preenchimento realizado pelo legislador, fazendo *tábula rasa* da proteção à liberdade que a propriedade constitucional visa proteger. Se não fosse assim, o alcance da proteção constitucional não estaria a depender da própria Constituição, mas do tamanho da conformação que lhe desse o legislador.²⁷⁴

Segundo Miguel Nogueira Brito, a tese de Andreas Lubberger não deve prevalecer, pois significaria a própria proibição do legislador em realizar a atividade de conformação constitucional da propriedade. Além do mais, não se pode considerar que a disciplina legislativa que outorga o direito de uso da propriedade seja deficitária ou insuficiente, de modo a ser necessário extrair o direito de uso diretamente do texto constitucional. Restaria apenas o argumento de saber se o legislador ordinário poderia reduzir o direito de uso “ao nada” ou “a zero”. O argumento de que o legislador pudesse esvaziar por completo o direito de uso, reduzindo-o “ao nada”, não serviria, ainda assim, para se retirar diretamente do texto constitucional a garantia de uso, pois, neste caso, a medida atentaria contra a liberdade patrimonial que está na base da estrutura constitucional da propriedade privada. Uma medida de tal envergadura seria qualificada pela Constituição como atentatória à propriedade por desobedecer à garantia de permanência de utilização privada.²⁷⁵ Da mesma forma como não se poderia extrair direta e imediatamente do texto constitucional um direito de uso dos bens objetos da propriedade, não existiriam deveres aos proprietários que fossem decorrência direta da garantia constitucional da propriedade.²⁷⁶

Dessa opinião não comunga Pietro Perlingieri. Para esse autor, a ideia de que da garantia constitucional da propriedade não decorra deveres ao proprietário exprime uma aversão inconfessa pela aplicação direta das normas constitucionais nas relações interprivadas, recorrendo-se à velha tática de atribuir ao legislador, com exclusividade, a tarefa de concretizar as diretrizes constitucionais, que passam a ser consideradas como normas programáticas. Pietro Perlingieri preceitua que se pode validamente retirar do princípio da função social da propriedade não apenas a ideia de imanência de limites à

²⁷⁴ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 954/955.

²⁷⁵ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 956/958.

²⁷⁶ Dentre outros, este é posicionamento contido em BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 959/961.

propriedade privada, mas também a concepção de que o proprietário tem deveres a cumprir perante a sociedade.²⁷⁷

A não aplicação direta do princípio constitucional da função social da propriedade torna a obrigatoriedade de concretização desta diretiva constitucional uma obrigação dirigida exclusivamente ao legislador, não havendo vinculatividade constitucional direta ao Poder Judiciário ou aos particulares.

Quanto à existência de deveres impostos ao proprietário diretamente havidos da garantia constitucional da propriedade, Miguel Nogueira de Brito coloca dois tipos de objeção. O primeiro deles é que, colocar a função social como elemento de vinculação imanente ao conceito constitucional da propriedade implica a perigosa aceitação de uma hierarquia normativa entre os interesses do proprietário e os interesses sociais.²⁷⁸ E não se poderia retirar da Constituição a conclusão segundo a qual os interesses do proprietário sejam menores ou inferiores que o interesse social. O outro ponto diz respeito a que a atividade judicial teria preponderância sobre o legislativo na conformação da propriedade.²⁷⁹

Um último ponto resta a ser explorado na intrincada relação entre a propriedade constitucional e a propriedade jurídico-civil. Diz respeito à variabilidade do conceito de propriedade em sentido constitucional. Se muito embora o conceito de propriedade está a depender da conformação dada pelo legislador ordinário, uma eventual alteração ou modificação realizada pelo legislador com certeza significa uma variação no conceito jurídico-civil da propriedade. Todavia, a modificação na conformação dada à propriedade privada pelo legislador ordinário não significa necessariamente uma variação do conceito da propriedade constitucional. Por outro lado, se as modificações introduzidas forem de tal ordem drásticas a ponto de alterar os elementos estruturais da propriedade constitucional (utilização privada e poder de disposição), além de afetar a base material que fundamenta a tutela (“proteção de uma esfera de liberdade no âmbito patrimonial”), tais inovações não poderão deixar ser tidas como uma modificação da propriedade em sentido constitucional.²⁸⁰

²⁷⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cistina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pág. 620/682, 937/944.

²⁷⁸ Foi com base em visões deste jaez que o materialismo histórico justificou a existência e manutenção das mais brutais ditaduras.

²⁷⁹ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 960/961.

²⁸⁰ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 961/963.

2.2.6 – Função social como elemento interno da propriedade privada.

2.2.6.1 – Visão italiana

De uma maneira geral, pode-se afirmar que as conclusões obtidas até agora sobre o conceito e o conteúdo constitucional do direito de propriedade representam uma visão *lusu-germânica* do problema. Como o STF vem se furtando à realização desta tarefa, não é possível dizer que existe um posicionamento genuinamente brasileiro sobre essa relevante questão constitucional. Todavia, a pesquisa não estaria completa se fosse omitida a *visão italiana*, que a nosso ver diferencia-se da visão luso-germânica pelo papel atribuído ao *princípio da função social* e as consequências que dele se extraem.

O que aqui se chamou de *visão italiana* recebeu a adjetivação devido ao seu principal prócer, o italiano Pietro Perlingieri. Goza de grande prestígio no Brasil, em especial depois de um “transplante bem-sucedido” da teoria levado a cabo por professores de Direito Civil ligados à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), que fizeram seus estudos de doutoramento com Perlingieri na Universidade de Camerino-Itália. Dentre eles podemos destacar Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Maria Cristina De Cicco (professora visitante). Com uma variante ou outra, podemos dizer que o posicionamento também é defendido por Luiz Edson Fachin, Anderson Schreiber e Frederico Henrique Viegas de Lima.

A teoria italiana da propriedade constitucional parte do pressuposto de que os direitos fundamentais têm eficácia irrestrita e imediata às relações jurídicas de direito privado. É o que se denomina eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais levaria à inevitável insuficiência e superação da dicotomia *direito público e direito privado*, uma vez que ambas as categorias teriam se tornado obsoletas e desnecessárias em virtude da necessidade de proteção à pessoa humana imposta pela unidade interpretativa da Constituição.²⁸¹ Isso conduziria ao fenômeno denominado de *constitucionalização do Direito Civil*, proposta segundo a qual todos os institutos do Direito Civil deveriam sofrer um releitura e uma reinterpretação à luz do texto constitucional. O que se objetiva com tal medida seria funcionalizar as

²⁸¹ Nesse sentido, Cf, TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. A incorporação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. Rio de Janeiro: Renovar, tomo III, 2009, págs. 41/64.

relações jurídicas patrimoniais, colocando-as a serviço da promoção e concretização de valores existenciais presentes no ordenamento.²⁸²

De conseguinte, a aplicação direta das normas constitucionais preservaria a unidade e a complexidade do sistema, que ficaria centralizado na Constituição, sendo vã a tentativa de pensar o Código Civil como o estatuto maior das relações patrimoniais privadas.²⁸³

Da mesma forma, o modelo savignyano de subsunção da regra jurídica ao seu suporte fático seria incompatível com a nova proposta de aplicação e interpretação das normas, uma vez que uma dada situação concreta traria para si a incidência de todo o ordenamento, em especial das normas constitucionais. O esquema mecânico tradicional não guardaria compatibilidade com o modelo contemporânea de aplicação e concretização dos princípios e valores presentes na Constituição. Em todas as situações e relações jurídicas há a incidência de todo o ordenamento, em especial das normas Constitucionais, e não apenas de uma regra específica e determinada.

Nessa perspectiva, o direito de propriedade deve ser funcionalizado para servir de instrumento de concretização dos valores da dignidade da pessoa humana. A propriedade, como todo e qualquer instituto de direito civil, deve sofrer uma releitura para que se torne permeável aos influxos constitucionais. As situações patrimoniais contidas no direito de propriedade só seriam legítimas se e na medida em que promovessem os valores existenciais do ordenamento.

A função social seria o mecanismo constitucional promotor da “despatrimonialização” da propriedade privada, que passa a ser pensada não como um centro jurídico de satisfação dos interesses patrimoniais, mas como uma ferramenta de concretização do pleno desenvolvimento da pessoa humana e de sua dignidade. A função social passa a ter uma missão espiritual na estrutura do direito de propriedade, cabendo a ela estabelecer uma escala de valores em que os interesses patrimoniais privados estão subordinados à satisfação de interesses existenciais.

A propriedade jurídico-civil teria uma estrutura, composta pelas elementares clássicas herdadas do direito romano (*ius utendi, fruendi, abutendi e reivindicatio*). Além dessa estrutura (corpo), a propriedade teria um elemento funcional (alma), com a qual

²⁸² Cf. FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, págs. 3/20; PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.* pág. 569/598.

²⁸³ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.* pág. 03/19.

ganharia uma missão constitucional e uma razão de ser. Este elemento funcional da propriedade é o princípio da função social.

Ao contrário do pensamento luso-germânico, o que estaria na base material da propriedade não seria a liberdade para a conformação patrimonial da própria existência, mas sim a função social, agora erigida a fator de legitimidade e razão de ser da propriedade privada. A função social passa ser o elemento justificador da tutela jurídica da propriedade. É o elemento que justifica não apenas a propriedade como instituição, mas também a propriedade como direito subjetivo. Nos dizeres de Pietro Perlingieri, “a função social não é autônoma, mas sim parte essencial da garantia e do reconhecimento da propriedade privada, a razão da própria tutela da apropriação privada dos bens”.²⁸⁴

Como a função social passa a ser elemento imanente e interno do direito de propriedade, conclui-se que toda e qualquer restrição ou limitação às faculdades estruturais do proprietário, impostas pela necessidade de concretização da função social, não passam de um componente integrante do conceito mesmo de propriedade.²⁸⁵ Rechaça-se, portanto, a existência de uma propriedade absoluta, restringida por elementos externos. Toda propriedade já nasce delimitada, limitada e contida.

Mais ainda: a função social da propriedade passa a ser o elemento de controle da legitimidade das leis ordinárias que regulam a propriedade, que não poderiam outorgar ao proprietário poderes abusivos, muito menos privá-lo do poder necessário para o alcance das finalidades constitucionalmente admitidas.²⁸⁶

As limitações da propriedade, antes de serem estáticas, são fluidas e maleáveis, variando em conformidade com o tempo e com as peculiaridades do caso concreto. A propriedade é, pois, uma relação jurídica complexa, plasmável ao longo do tempo. Varia em conformidade com a concreta situação dos bens e das pessoas envolvidas. Deve ser entendida mais como processo (no sentido de ser dinâmica e mutável, mas orientada a uma finalidade) do que como direito subjetivo (estático e permanente). É uma relação jurídica complexa, composta não apenas de direitos, mas também de deveres e de todo um plexo de situações e posições jurídicas, sejam ativas ou passivas.²⁸⁷

²⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.* pág. 942.

²⁸⁵ Aqui, ao contrário do que parece, não há semelhança entre a visão italiana e a visão luso-germânica. Enquanto na visão italiana a imanência das restrições e limitações à propriedade decorre da imanência da função social, na visão luso-germânica a imanência das restrições e limitações decorre da necessidade de harmonização das liberdades do proprietário e dos não-proprietários.

²⁸⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.* pág. 946/947.

²⁸⁷Cf, Loureiro, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro, Renovar, 2013, pág. 42/46.

A propriedade não é ilimitada, nem exclusiva, muito menos perpétua e absoluta. Os deveres para o proprietário derivariam diretamente da Constituição, que colocou a função social como elemento interno anímico do direito de propriedade. A intermediação legislativa não é necessária para a revelação de posições jurídicas passivas ao proprietário. A função social é o elemento guia da revelação destes deveres. Da função social brotam, inclusive, deveres e posições passivas que não se encontram nas leis ordinárias, mas que decorrem da necessidade de a propriedade resguardar os interesses existenciais que a justificam. A fonte primeira e direta dos deveres impostos ao proprietário no interesse coletivo não é outra senão a Constituição.

A função social também passa a ser o vértice para a verificação do chamado *abuso do direito de propriedade*. O descompasso entre as atitudes do proprietário e a finalidade social ditada pelo ordenamento qualifica a situação como abusiva. Quer isso dizer que, muito embora a conduta do proprietário possa estar aparentemente autorizada pela estrutura formal do direito de propriedade, se essa conduta não guardar identidade finalística com o elemento funcional, estaria caracterizado o *abuso do direito de propriedade*. A conduta passa a ser tida como ilícita.

Como cada espécie de bem possui uma função social a cumprir, conclui-se que não existe apenas uma propriedade, mas várias propriedades, cada qual com a sua função social respectiva. A ideia está relacionada à amplitude do conceito de propriedade constitucional se comparada à propriedade jurídico-civil.²⁸⁸

Esse tipo de pensamento dá ensejo a pensar-se em duas espécies de propriedade. A primeira delas é chamada de *propriedade formal*, que possui a estrutura clássica do Direito Civil, mas não cumpre sua função social. Em sentido oposto teríamos a *propriedade material*, que além dos elementos estruturais cumpre a função social, em conformidade com as diretivas constitucionais e legais.

A *propriedade formal*, por não cumprir o requisito constitucional que exige o cumprimento da função social, não seria verdadeiramente uma propriedade, pois só poderá ser considerada como tal a situação jurídica que estiver em conformidade com a Constituição. Como a *propriedade formal* não é verdadeiramente uma propriedade, não recebe a proteção da Constituição e, portanto, não se justifica que seja juridicamente protegida ou tutelada.

²⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVOLD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Reais. 8 ed. Salvador: Podivm, vol. 5, 2012, pág. 266/278.

A *propriedade material*, única e verdadeira propriedade, recebe a tutela jurídica do ordenamento por estar em conformidade com os ditames constitucionais, em especial pelo fato de que, ao obedecer sua função social, promove não apenas o interesse patrimonial privado de seu titular, mas também o interesse coletivo e os elevados valores não existenciais da comunidade.

2.2.6.2 – Críticas

Podem ser feitas várias críticas e objeções à visão italiana. Expô-las pormenorizadamente e aprofundá-las, entretanto, transbordaria o estreito objetivo desta dissertação. Far-se-á apenas um comentário superficial do que consideramos ser suas principais deficiências teóricas.

Por óbvio que, ao menos no Brasil, não há como opor objeções sérias à chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, nem tampouco à concepção da Constituição como unidade integrativa e interpretativa de todo o sistema jurídico.²⁸⁹ A necessidade de constitucionalização de todo o direito civil, mormente do direito de propriedade, seria outro ponto de discussão infrutífera.

É de se questionar a utilidade prática em situar a função social como elemento interno do direito de propriedade. Talvez, melhor seria pensá-la como princípio externo e independente da propriedade. Isso permitiria que a função social pudesse ser aplicada a outros campos onde a propriedade, mesmo em sentido constitucional, não teria alcance (direito de família, contratos, responsabilidade civil etc.). Por outro lado, a imanência da função social provocaria um alargamento indevido do conceito da propriedade em sentido constitucional.

A tendência atual da visão italiana é utilizar a ponderação como instrumento de resolução do intrincado problema de compatibilização e harmonização entre o interesse social e o interesse do proprietário. Isso porque a simples modificação da natureza jurídica da propriedade, transformada em relação jurídica complexa, não foi suficiente para dar respostas satisfatórias à questão. A ponderação jamais seria possível *in abstracto*, mas dependeria de cada caso concreto.²⁹⁰ Ainda assim, o que não parece lógico é considerar a

²⁸⁹ Sobre este ponto específico, remetemos o leitor às notas de rodapé constantes do início do capítulo III.

²⁹⁰ Nazaré, Paulo Emílio Dantas. *O Acesso à propriedade imobiliária na perspectiva do direitos civil-constitucional*. Dissertação de mestrado apresentado ao programa de pós-graduação da UnB, pág. 45/53. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22079/1/2016_PauloEm%C3%ADlioDantasNazar%C3%A9.pdf>. Acesso em: 6 jan 2017.

função social como elemento interno à propriedade e depois utilizá-la como princípio a ser ponderado com esta.

É igualmente criticável erigir a função social como base material e razão de ser do reconhecimento constitucional da propriedade privada. Como já explanado, a propriedade constitucional como garantia de instituto e como garantia de permanência pressupõe um mínimo de utilização privada e poder de disposição. A utilização privada e o poder de disposição não podem ser inferidos da função social. Se a base material da propriedade privada fosse sua função social, poder-se-ia facilmente concluir que a propriedade em sentido constitucional não pressupõe qualquer elemento estrutural.

A garantia constitucional outorgada à propriedade privada reduzir-se-ia à garantia de proteção de uma função social. A garantia de liberdade de conformação patrimonial da própria existência, que nada mais é que um interesse individual, ficaria de fora da tutela constitucional. Como se isso não bastasse, a função social como base material da propriedade aumentaria consideravelmente seu âmbito de proteção. Não poderiam ser validamente excluídos da propriedade em sentido constitucional diversas posições jurídicas de direito público (direitos decorrentes do Estado Social), dentre outros.

Além do mais, falar que a função social autoriza concluir que existem deveres impostos ao proprietário diretamente do texto constitucional, sem intermediação do legislador, é o mesmo que dizer que tais deveres são ditados pelo juiz, fato que exacerba a atividade da magistratura na conformação constitucional da propriedade. Por outro lado, o oposto também seria verdadeiro: não apenas deveres, mas também direitos poderiam ser colhidos diretamente da Constituição (ainda que não previstos em lei), bastando para tanto que o proprietário os exerça em nome da função social.

A visão italiana, portanto, não esclarece qual a estrutura da propriedade constitucional, muito menos o papel desta estrutura para o ordenamento infraconstitucional: qualificar a propriedade jurídico-civil. O modelo simplifica a intrincada relação entre a propriedade em sentido constitucional e a propriedade jurídico-civil.

Além do mais, pensar a propriedade como relação jurídica complexa (Eduardo Loureiro) presta-se ao mesmo papel do que pensar a obrigação como processo (Clóvis do Couto e Silva): complementa e favorece a compreensão destas categorias jurídicas, mas não as invalidam como direito subjetivo.

Outro ponto que merece crítica diz respeito à concepção generalizada segundo a qual o direito de acesso à propriedade estaria garantido constitucionalmente. A crítica relaciona-se à pluralidade de significações que o termo “acesso à propriedade” pode comportar. Não se pode pensar que todas as acepções extraíveis do termo possam fazer parte da estrutura da propriedade em sentido constitucional.

A ideia de que a função social faria surgir várias propriedades não se coaduna com a unidade da garantia constitucional. Como afirma Miguel Nogueira de Brito, não é possível distinguir “entre tipos ou categorias de propriedade para, depois, lhes aplicar regimes distintos de proteção jurídico-constitucional. O que poderá variar é a intensidade da intervenção do legislador, para diversos tipos ou categorias de propriedade, na conformação da respectiva disciplina normativa”.²⁹¹

²⁹¹ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 945.

CAPÍTULO III

MORADIA E SUA RELAÇÃO COM A POSSE E A PROPRIEDADE CONSTITUCIONAL

Nesse terceiro e último capítulo abordaremos mais diretamente o objetivo central de toda a dissertação, que é saber se o direito fundamental à moradia interfere na estrutura constitucional da propriedade e na teoria jurídica da posse. De antemão, comprovada a hipótese, deverá ser investigado como e de que forma se dá a interferência, devendo ser analisado, também, o nível desta interação.

A fim de comprovarmos a hipótese, analisaremos primeiramente o conteúdo do direito fundamental à moradia, em especial seus contornos e o seu âmbito de proteção. Não poderá passar despercebido que atualmente a moradia encontra-se inserida em um contexto maior de inefetividade de todos os direitos sociais. Posteriormente, abordaremos as dimensões prestacionais e não prestacionais deste direito fundamental.

Em face da tese hoje majoritária, no sentido de que a moradia não outorga um direito subjetivo público de exigir do Estado uma habitação digna, será objeto de estudo o real significado e extensão da dimensão prestacional. Depois, analisaremos o viés não prestacional deste direito fundamental, que muito embora não seja sua face mais reluzente, assume vital importância no atual cenário de vilipêndio aos postulados constitucionais.

Por fim, será objeto de nossas preocupações a análise da base material e do conteúdo que fundamentam a moradia como um problema constitucional. O objetivo deste primeiro tópico é sedimentar que a estrutura constitucional da moradia tem força normativa suficiente para extrapolar o domínio que lhe é próprio, vindo a interferir e modificar, ao menos em parte, o âmbito que constitucionalmente foi reservado à propriedade privada e à posse. No segundo tópico deste terceiro capítulo será abordado o problema da interferência provocada pela moradia na estrutura constitucional da propriedade privada e na teoria jurídica da posse, como especial relevo para as consequências normativas desta simbiose. O objetivo é demonstrar que a força normativa da moradia, tomada em acepção constitucional, tem o poder de fazer modificações expressivas na estrutura da propriedade privada e na teoria jurídica da posse.

3.1 – DIREITO À MORADIA ISOLADAMENTE CONSIDERADO²⁹²

O objetivo deste primeiro ponto é a análise isolada do direito fundamental à moradia. A investigação justifica-se como ponto de partida para a descoberta do real alcance de sua da força normativa.

3.1.1 – Moradia no contexto atual de inefetividade dos direitos sociais fundamentais

No Brasil, a baixa eficácia do direito fundamental à moradia insere-se dentro de um contexto maior de inefetividade de todos os direitos sociais, notadamente em sua dimensão prestacional. Já na década de 50, Alberto Gawryszewski fazia o alerta acerca da grave situação habitacional na cidade do Rio de Janeiro, que segundo ele enfrentava o problema da favelização crescente desde a primeira década do século XX, situação que se agravaria até 1945 em virtude da inexistência de planejamento urbano e investimentos na área habitacional.²⁹³ Estudos mais recentes dão conta de que o Brasil, apesar do aumento expressivo do investimento no setor a partir de 2008 (embora alcançando redução deste índice), ainda possui um déficit habitacional de 5,24 milhões de moradias.²⁹⁴ Outras pesquisas apontam para um déficit de 6 milhões de moradia.²⁹⁵

A situação financeira do Estado brasileiro sempre foi o mote justificador para a implementação de uma agenda neoliberal. Hoje, mais do que nunca, a história se repete. Propaga-se que à piora das finanças públicas deve seguir-se uma série de ajustes, todos eles prejudiciais aos mais pobres e desfavorecidos, nunca em detrimento da mais elevada estratificação social. Todavia, não existem movimentos sérios postulando, por exemplo,

²⁹² A estrutura da apresentação constante neste item 3.1 foi retirada de SARLET. Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de Seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia*. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-20-dezembro-2009-ingo-sarlet.pdf>>. Acesso em: 13 jun 2016,

²⁹³ GAWRYSZEWSKI, Alberto. *A crise habitacional e o Estado na construção de moradias na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: *Revista de História Regional*, Vol. 7, tomo I, pág. 03.

²⁹⁴ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. *Políticas permanentes de habitação*. A importância do programa Minha Casa Minha Vida. Disponível em: <http://www.cbic.org.br/sites/default/files/Estudo%20FGV%20-%20MCMV_0.pdf>. Acesso em: 13 nov 2016. Os dados referem-se ao ano de 2014. Portanto, encontram-se defasados.

²⁹⁵ CAMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO – CBIC. *Déficit Habitacional no Brasil*. Disponível em <http://www.cbicdados.com.br/menu/deficit-habitacional/deficit-habitacional-no-brasil>>. Acesso em: 13 nov 2016. Os dados são de 2014. Este estudo também comprova o “óbvio ululante”: que o déficit habitacional é inversamente proporcional à renda familiar. O déficit atinge 82,9% das famílias com renda mensal de até 3 salários mínimos. Se a renda familiar é superior a 10 salários, o déficit despenca para apenas 1,5 % deste seguimento.

uma reforma da matriz tributária brasileira, a fim de torná-la progressiva.²⁹⁶ A “falta de caixa” é a justificativa de sempre para as retrações do Estado Social, com contração expressiva dos direitos fundamentais de caráter prestacional.

Como bem pontuado por Ingo Sarlet, os fatores de ineficiência do Estado de Direito são os mesmos para os direitos fundamentais, que deste dependem.²⁹⁷ Pode-se dizer que a agenda neoliberal insere-se no panorama já antigo da globalização, pressupondo o enfraquecimento do Estado nacional e o esvaziamento dos sistemas internos de democracia.²⁹⁸ Tal fragilização possibilita o surgimento de atores no cenário econômico com poderes que suplantam o Estado, fazendo impor sua pauta em detrimento dos projetos de democracia.²⁹⁹

A agenda neoliberal decorrente do processo de globalização consubstancia enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, que se vê impossibilitado de fazer cumprir minimamente suas tarefas constitucionais. Para Paula Schlee, o mote principal do pensamento neoliberal era, e continua sendo, a redução do tamanho do Estado e a minimização de sua interferência na economia, levando o mercado à autorregulação.³⁰⁰

O enfraquecimento do Estado de Direito acarreta, necessariamente, o enfraquecimento dos direitos fundamentais. Para os direitos fundamentais sociais, o problema é mais grave, dado que seu lado mais proeminente é o prestacional, que está a depender, em grande parte, de ações materiais do poder público.³⁰¹

É dentro deste contexto que se insere o direito fundamental à moradia. Como direito fundamental de cunho prestacional, a moradia exige, para sua completa efetivação,

²⁹⁶ Sobre a regressividade da matriz tributária brasileira, com especial enfoque para o seu papel na manutenção de desigualdades sociais, Cf, GASSEN, Valcir (org). *Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira*. Brasília: Consulex, 2012, págs. 149/189.

²⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de Seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia*. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, pág. 05. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-20-dezembro-2009-ingo-sarlet.pdf>>. Acesso em: 13 jun 2016.

²⁹⁸ VIOLA, Eduardo. *Reflexões sobre as dimensões da globalização, as novas forças sociopolíticas transnacionais e a redefinição do horizonte da democracia*. In: GERSCHMAN Silva; VIANNA, Maria Lúcia Werneck (org.). *A miragem da pós modernidade*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1997, p. 65.

²⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* pág. 05.

³⁰⁰ SCHLEE, Paula Chistine. *Política e globalização econômica: o relacionamento Estado-empresas transnacionais*. In: CAUBET, Christian (org). *A força e o direito nas relações internacionais: as repolarizações do mundo*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, pág. 59/60. Para a autora, “é forçoso reconhecer que a autonomia estatal se vê bastante reduzida em muitos aspectos, sobretudo nos que dizem respeito, de alguma forma, às esferas econômicas e financeira de suas atividades” (*op. cit.* pág. 70).

³⁰¹ Comprovando o que aqui se diz, temos a recente aprovação da Emenda Constitucional nº 95, que modifica o ADCT para impor o “Novo Regime Fiscal” e congelar os gastos da administração pública por até vinte anos. A reforma trabalhista e a reforma da previdência não tardarão a acontecer. A agenda neoliberal está de “vento em popa”. Todavia, não há notícia de uma reforma tributária e de uma reforma política que sejam sérias.

uma série de medidas a serem tomadas pelo Estado, algumas delas com elevado custo financeiro, embora de enorme benefício social. Na agenda do dia, a moradia parece ser a menor das prioridades.

3.1.2 – A dimensão prestacional do direito à moradia, com enfoque para o caso brasileiro.

O direito à moradia, em sendo um direito fundamental constitucionalmente previsto (art. 6º, CF), conforma o ordenamento jurídico como um todo, possuindo dimensão defensiva (proibição de intervenção) e protetiva (imperativo de proteção ou imperativo de tutela). A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tema ainda discutível nos países europeus³⁰², é matéria de consenso no direito brasileiro³⁰³.

Alerta Márcia Zollinger que dentre a proteção devida pelo Estado aos titulares de direitos fundamentais, em sua perspectiva positiva (isto é, em sua dimensão prestacional ou imperativo de tutela), encontra-se o dever de realizar ações normativas, ou seja, o titular de um direito fundamental tem, perante o Estado, direito à proteção por meio de legislação infraconstitucional, material ou processual.³⁰⁴

Para Ingo Sarlet, o dever de prestação normativa justa e adequada é, senão a principal, uma das mais proeminentes possibilidades hauridas da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais. Anota este autor que, no âmbito do direito brasileiro, no que pertine à concretização do direito fundamental à moradia, diversas leis já foram editadas com este intuito, tais como a Lei de Locações de Imóveis Urbanos (Lei nº 8.245/91, que protege o inquilino titular do direito à moradia de abusos praticados pelo locador) e o Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001, que deu um passo decisivo no incremento do direito à moradia ao facilitar a ordenação do espaço urbano).³⁰⁵

³⁰² Daniel Sarmiento, citando Claus-Wilhelm Canaris, verbera que “os direitos fundamentais na ordem jurídica alemã vinculam diretamente apenas os Poderes Públicos e não aos sujeitos de direito privado”. SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (org). *Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*. Salvador: Podivm, 2011, pág. 301. Advogando contra a possibilidade de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, inclusive no direito brasileiro, com argumentos de peso, Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra as maiorias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, págs. 69/116.

³⁰³ Acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil, consultar excelente dissertação de mestrado, depois transformada em livro, apresentada na UFPR por ZOLLINGER, Márcia. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Salvador: Podivm, 2006, pág. 75 e ss.

³⁰⁴ Op. cit. pág. 113.

³⁰⁵ Op. cit. pág. 37/38.

Podem ser citados, também, os planos diretores dos diversos municípios brasileiros, que em conformidade com o art. 182, §1º da CF, devem servir de instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, ordenando o espaço urbano e facilitando o acesso à moradia digna. A lei 11.124/2005, que instituiu o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), criou o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) e instituiu o Conselho Gestor do FNHIS para garantir o acesso à habitação por parte da população de baixa renda, não poderia deixar de ser citada. Também deve ser mencionada a Lei nº 11.481/2007, que prevê a adoção de medidas para a regularização fundiária de interesse social em imóveis da União.

O instrumento normativo mais poderoso já editado no Brasil para a concretização do direito à moradia é a Lei nº 11.977/2009, que ao estabelecer o “Programa Minha Casa, Minha Vida”, fixou importantes instrumentos de regularização de assentamentos localizados em áreas urbanas (arts. 46 e ss), criou uma política pública permanente de habitação urbana (arts. 4º e ss), além de prever fontes de custeio e financiamento para a construção de novas unidade habitacionais e de regularização jurídica, urbanística e ambiental das já construídas. A eficácia do “Programa Minha Casa, Minha Vida” foi comprovada por estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas, já citado.³⁰⁶

Entretanto, em que pese os significativos avanços no cumprimento do dever de edição de atos normativos, falta, por óbvio, compatibilizar as normas relativas à posse e à propriedade (principalmente as previstas no Código Civil) com o direito fundamental à moradia, sem a qual continuaremos a ter um déficit de edição normativa, implicando descumprimento do dever prestacional normativo não pela ausência da norma em si, mas pela ausência de normas adequadas. Por óbvio que o direito fundamental à moradia não se concretiza exclusivamente pela propriedade, mas esta última perfectibiliza a modelagem ideal.

Para quem já possui uma moradia, as agressões ao direito provêm principalmente de particulares. O vilipêndio muitas vezes é cometido com o beneplácito do Poder Judiciário,³⁰⁷ que se vale das teorias e normas existentes no ordenamento jurídico para a

³⁰⁶ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. *Políticas permanentes de habitação*. A importância do programa Minha Casa Minha Vida. Disponível em: <http://www.cbic.org.br/sites/default/files/Estudo%20FGV%20-%20MCMV_0.pdf>. Acesso em: 13 nov 2016.

³⁰⁷ Para uma análise mais aprofundada de como o Poder Judiciário serve-se dos conceitos de posse e propriedade para não concretizar o direito fundamental à moradia, Cf, ACYPRESTE, Rafael de. *Ações de Reintegração de posse contra o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto: dicotomia entre propriedade e Direito à Moradia*. Dissertação de Mestrado, UnB, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/>>

proteção da posse e da propriedade, em detrimento da moradia. Só esse argumento já serviria para demonstrar que o dever de prestação normativa potencializa a efetividade da dimensão negativa (proibição de intervenção) do direito fundamental.³⁰⁸

Embora não seja objetivo desta dissertação comprovar que as normas jurídicas sobre posse e propriedade conflitam, em alguma medida, com o direito fundamental à moradia, necessitando de atualização para guardarem maior compatibilidade, parece-nos que tal hipótese possa ser inferida da observação diária de nossa realidade cotidiana. O primeiro ponto a ressaltar, portanto, diz respeito a que, em sua dimensão prestacional, sob o viés do imperativo de tutela normativo, a teoria da posse e da propriedade ainda não foram devidamente harmonizadas e compatibilizadas com o direito fundamental à moradia. Como isso ainda não aconteceu, a função de compatibilização desloca-se para o Poder Judiciário, que, no entanto, ao invés da harmonização, sempre pende o fiel da balança em favor do proprietário, como bem demonstrou a dissertação do Rafael de Alcypreste, já citada.

É claro que a dimensão prestacional não se esgota no dever de edição de atos normativos aptos e adequados, com o conseqüente dever de harmonização do direito à moradia com os demais direitos fundamentais presentes no sistema. Mais do que isso, a dimensão prestacional implica, por parte do Estado, a prática de atos materiais diversos, em especial a existência de uma política pública permanente em habitação, com os recursos financeiros necessários para implementá-la.

A dimensão prestacional do direito à moradia não se exaure na edição de atos normativos. A realização de políticas públicas, a cargo do Poder Executivo, é o que viabiliza com maior eficácia os direitos fundamentais que dependem de ações materiais do Estado. Até bem pouco tempo atrás (ano de 2009), as políticas públicas na área de habitação eram incipientes e não abrangentes, deixando de fora os mais desfavorecidos.

Como já ressaltado, o Programa Minha Casa, Minha Vida, implantado pela Medida Provisória nº 459/2009 e transformada na Lei nº 11.977/2009, foi a política

bitstream/10482/20264/1/2016_RafaelAcypresteMonteiroRocha.pdf>. Acesso em: 15 jun 2016. Para o monografista, que analisou diversas ações judiciais proposta em desfavor do MTST, o Poder Judiciário quase sempre toma a propriedade como direito absoluto, nos moldes liberais, com pouca ou nenhuma análise da função social (pág. 58).

³⁰⁸ Sobre tal assunto, anota Canaris que “o imperativo jurídico-constitucional de tutela carece, em princípio, da complementação pelo direito ordinário. Pois pertence fundamentalmente a este – e não ao direito constitucional – a tarefa de disponibilizar os instrumentos de proteção – que vão desde o direito penal, passando pelo direito administrativo, tributário e social, até ao direito privado”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, pág. 115.

pública mais bem-sucedida na área habitacional que o Brasil já adotou. Isso não significa dizer que o problema da habitação tenha sido resolvido, mas significa que pelo menos há uma política habitacional voltada para os mais pobres. Com efeito, o público alvo do programa são grupos vulneráveis e marginalizados, como famílias chefiadas por mulheres, pessoas que vivem em áreas de risco, famílias com muitas crianças, idosos, e pessoas com deficiência, habitantes de favelas, moradores de rua, indígenas etc..³⁰⁹

O foco do programa não é apenas a concessão de habitação, mas também a melhoria da qualidade de vida dos grupos atendidos por intermédio do pleno acesso ao crédito e ao incremento de suas condições sociais e econômicas.³¹⁰

Dantas Nazaré afirma que existem critérios razoáveis, aferíveis pelo “Índice de Fruição Empírica (IFE)”, a justificar o tratamento diferenciado do programa em favor das mulheres, negros e indígenas. Isso porque grande parte destes grupos moravam em condições incompatíveis com os padrões mínimos de dignidade exigidos pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. Entretanto, adverte que, ao contrário dos demais grupos vulneráveis, não existem estudos empíricos comprovando que os homossexuais, bissexuais, travestis e transexuais não tenham moradia adequada em percentagem superior ao restante da população brasileira. O autor não afirma que este grupo específico devesse ser excluído dos seguimentos com prioridade de atendimento pelo programa. Diz apenas que, ao contrário dos demais grupos, a inclusão dos homossexuais, bissexuais, travestis e transexuais deu-se em bases formais dissociadas da realidade empírica. Assim, pode ser que o seguimento não careça de atendimento prioritário por parte dessa importante política pública.³¹¹

O cenário atual não é nada animador. Dados divulgados pela própria agência de notícias do governo federal apontam que o orçamento do Programa Minha Casa, Minha Vida, que em 2015 foi de R\$ 16 bilhões, reduziu-se para apenas R\$ 2,21 bilhões em 2016. Na Faixa 1 (famílias com renda mensal de até 1,6 mil), foram contratadas a construção de 399,2 mil unidades em 2013; 132,6 mil unidades em 2014 e apenas 1,18 mil unidades habitacionais em 2015. Praticamente não existiram novas contratações em 2016, sendo que a construção de 51,2 mil unidades para a Faixa 1 estavam paralisadas, embora

³⁰⁹ NAZARÉ. Paulo Emílio Dantas. *Op. cit.*, pág. 97 e 99.

³¹⁰ NAZARÉ. Paulo Emílio Dantas. *Op. cit.* pág. 97.

³¹¹ NAZARÉ. Paulo Emílio Dantas. *Op. cit.* pág. 97/107.

existissem 67,17 mil unidades concluídas, mas não entregues.³¹² Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 95/2016, que instituiu o Novo Regime Fiscal e restringiu os gastos públicos por até 20 anos, o mais provável é a contração drástica da mais bem-sucedida política pública habitacional brasileira.

Ainda em sua dimensão prestacional, que engloba a edição de atos normativos aptos e adequados à finalidade constitucional colimada (Poder Legislativo) e também a implementação e execução de políticas públicas (Poder Executivo), há de se perquirir se caberia ao Poder Judiciário concretizar o direito à moradia por meio da atividade jurisdicional em sentido estrito. Aqui, a questão é saber se o Poder Judiciário poderia constranger o Estado a fornecer uma moradia digna a quem dela provasse a necessidade e a impossibilidade de aquisição por seus próprios meios.

A tese negativa prevalece tanto no direito brasileiro como também em outros países. Em Portugal, por exemplo, o Tribunal Constitucional assentou a tese de que o direito à moradia, tratando-se de *direito a prestações*, tem conteúdo que não pode ser determinado no plano constitucional, dependendo do legislador ordinário para a tarefa de mediação e concretização do direito, cuja efetividade estaria a depender da *reserva do possível*.³¹³ Na Alemanha, onde os direitos sociais não são considerados direitos fundamentais, a questão sequer é ventilada.³¹⁴

Dado o alcance que a doutrina e a jurisprudência brasileira têm dado ao art. 5º, § 1º da CF, rechaçando a ideia de normas constitucionais desprovidas de eficácia (normas programáticas), a tese da reserva do possível não poderia servir de argumento para a negativa. Entretanto, a objeção de maior relevância ficaria por conta da separação de poderes, no sentido de que caberia ao Executivo ditar a política pública para a habitação, incumbindo ao Legislativo aprová-las. A efetivação e a concretização do direito à moradia haveria de acontecer nos moldes e nos termos da política pública voltada para o setor, descabendo o Poder Judiciário imiscuir-se nesta seara.

³¹² *Ministro das Cidades garante que Minha Casa Minha Vida será mantido*. Publicado em 02/06/2016. Disponível em: < <http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2016/06/ministro-das-cidades-garante-que-minha-casa-minha-vida-sera-mantido>>. Acesso em: 17 jan 2017.

³¹³ Acórdãos nº 130 e 131/92, do Tribunal Constitucional português. Cf, CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. 4 ed. Coimbra: Almedina, pág. 139.

³¹⁴ Sobre este assunto, remetemos o leitor ao item 2.2 desta monografia. No entanto, ressalta-se a tendência atual do direito alemão de alargar o conceito do direito fundamental de propriedade para inserir em seu âmbito de proteção alguns direitos de segunda dimensão, como determinados direitos de prestação social. No Brasil, onde a Constituição contempla uma enorme gama de direitos sociais fundamentais, tal esforço exegético não tem razão de ser.

Ingo Sarlet chega a conclusão contrária. Segundo ele, na análise do caso concreto e à luz das circunstâncias que margeiam o direito fundamental, deverá ser procedida a ponderação dos valores em conflito. Quando a separação entre os poderes (e demais objeções rotineiramente invocadas contra a noção de que os direitos sociais possam se tornar direitos subjetivos exigíveis judicialmente) implicar sacrifício intolerável da vida e da dignidade da pessoa humana, a análise dos bens constitucionais colidentes pode evidenciar a necessidade concreta de supremacia do direito social prestacional. O direito à moradia, devido às idiosincrasias do caso concreto, tornar-se-ia direito subjetivo passível de ser exigido judicialmente.³¹⁵

O STF não toma um posicionamento definitivo sobre a questão. Ora o admite,³¹⁶ ora o repele, principalmente dizendo não se tratar de uma questão constitucional³¹⁷.

Por fim, convém ressaltar que o direito à moradia, em sua face positiva e prestacional, diz respeito ao *acesso à moradia*. Nessa vertente, o direito à moradia é direito da pessoa humana de ter aquilo que não se tem, mas que deveria ter. Dirige-se primordialmente contra o Estado, em especial aos Poderes Legislativo e Executivo (muito embora o Judiciário também não fique de fora), que devem votar leis e estabelecer políticas públicas adequadas e eficientes, permitindo a aquisição e o acesso de moradia digna por parte de todos os brasileiros.

Em resumo, o direito à moradia, mesmo em sua dimensão prestacional, não deve ser entendido como uma norma programática. Em primeiro lugar, deve o Estado adotar todos os esforços possíveis, dentro de suas limitações orçamentárias, para implantar uma política pública habitacional perene e sustentável. De imediato, é-lhe exigível que a política de acesso à moradia seja igualitária e não discriminatória.³¹⁸

3.1.3 – Dimensão negativa do direito à moradia

³¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* pág. 35/41.

³¹⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental do Recurso Extraordinário com Agravo 914634, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 15.12.2015, Publ. DJe em 26.02.2016, pp. 37.

³¹⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental do Recurso Extraordinário com Agravo 889971, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 30.06.2015, Publ. DJe em 13.08.2015, pp. 158. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental do Recurso Extraordinário com Agravo 869694, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 26.05.2015, Publ. DJe em 19.06.2015, pp. 118.

³¹⁸ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência de República – SDH/PR. *Direito à moradia adequada*. Brasília, 2013, pág. 17. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/promocao-e-defesa/publicacoes-2013/pdfs/direito-a-moradia-adequada>. Acesso em: 24 jan 2017.

Como direito social, vinculado à concretização de ideais concernentes à igualdade material e à fraternidade, a moradia tem na dimensão prestacional a sua face mais proeminente. Não nos esqueçamos de que, mais do que um valor unitário, a moradia é um complexo de direitos e deveres. Apenas a observação rasa da dimensão prestacional, que envolve, dentre outras coisas, o dever de tutela normativa e de ações materiais por parte do Estado, já seria o suficiente para concluirmos que o direito à moradia não pode ser entendido de outra forma senão como um agrupamento mais ou menos completo e complexo de direitos, deveres, situações e posições jurídicas.³¹⁹

O direito à moradia é um direito social prestacional por excelência. Como relação complexa, também faz parte do seu âmbito de proteção uma dimensão negativa. Atualmente, a face negativa deste direito fundamental vem ganhando cada vez mais importância, em especial pela necessidade de estudo e compreensão do *despejo forçado*.

Em sua dimensão negativa, o direito à moradia consagra um dever de abstenção por parte dos três poderes do Estado, bem como dos particulares, de modo a não praticarem atos que venham a lesá-lo. Como o respeito à dimensão negativa se faz pela abstenção, a própria inércia favorece sua concretização, razão pela qual seu nível de eficácia nem sempre é questionado.³²⁰ A princípio, o respeito à dimensão negativa não exige a adoção de políticas públicas, a votação de lei, a prática de atos materiais ou a realização de qualquer ação concreta. O *nada fazer* é-lhe suficiente.

É por esse motivo que, ao menos em sua vertente negativa, tem-se entendido que não apenas o direito à moradia, mas também os demais direitos fundamentais, tem aplicação direta e imediata. Nestes casos, a norma do art. 5º, § 1º da CF não é vista como *mandamento de maximização*.

Ao contrário da dimensão positiva, cuja “aplicação imediata” está a depender da adoção de outras medidas, o que leva a interpretar o art. 5º, §1º da CF como um mandamento de maximização deste direito fundamental, a dimensão negativa é inteiramente autoaplicável. Não depende de norma implementadora a ser editada pelo Poder Legislativo, muito menos da prática de futuros atos concretos materializadores de uma política pública. Isso porque a Constituição, neste ponto, já possui a normatividade suficiente para não depender de densificação em plano inferior, nem da discricionariedade administrativa na adoção de providências. Assim, se no caso concreto o direito à moradia

³¹⁹ Cf, SARLET, Ingo. *Op. cit.* pág. 20/24.

³²⁰ Cf, SARLET, Ingo. *Op. cit.* pág. 29.

revela-se demasiadamente amplo e genérico, ao menos em sua dimensão negativa o problema deverá ser resolvido, a princípio, por intermédio da interpretação, não sendo justificável o argumento de que a hipótese careceria de norma a ser editada pelo Legislativo.³²¹

Embora o *nada fazer* venha em socorro da eficácia negativa do direito, isso não significa dizer que a face negativa não tenha um custo de implementação. Como já demonstrado por Stephen Holmes e Cass Sunstein, o custo financeiro de um direito ou liberdade negativa é tão elevado quanto o custo de um direito prestacional. Como acentuam estes autores, a intervenção do Estado é necessária e essencial para a proteção e eficácia de todos os direitos, o que implica um custo financeiro a ser suportado pelo pagamento de impostos. No sentido financeiro, todo direito é positivo, isto é, todo direito depende de recursos para implementar-se.³²² O mesmo se dá em relação à face negativa do direito à moradia, cuja eficácia depende da existência de um aparato estatal mínimo que lhe dê sustentação.

Como o Direito brasileiro já sedimentou o entendimento de que os direitos fundamentais possuem eficácia horizontal, isto é, aplicam-se diretamente às relações privadas, é fora de dúvida de que tanto a face negativa como a prestacional, além de conformarem os três poderes da República e os agentes de Estado, vinculam também os particulares. Assim, por exemplo, na locação de imóveis residenciais urbanos o inquilino está inequivocamente tutelado, de maneira direta e imediata, pela disposição constitucional que protege o direito à moradia, o que por si só seria suficiente para impedir despejos forçados arbitrários e desarrazoados. Muito dos preceitos contidos na lei de locações de imóveis urbanos (Lei 8.245/90), em especial seus arts. 4º/10, 12 e 22, poderiam ser deduzidos diretamente do texto constitucional, em especial se cotejado com o princípio da boa-fé objetiva. No contrato de comodato, se a coisa emprestada se destina à moradia do comodatário, a tutela da moradia manda que o imóvel não possa ser retomado *sponte sua* pelo comodante. Há de se aplicar ao caso as normas que tutelam a locação.

³²¹ SARLET, Ingo. *Op. cit.* pág. 20/35.

³²² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *El costo de los derechos*. Por que la libertad depende de los impuestos. Tradução do inglês para espanhol de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, pág. 55/70. Nestas páginas, dizem os autores que, em relação aos custos, “todos los derechos son positivos”. Ver também, no mesmo sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, págs. 93/102.

Se a eficácia horizontal não encontra sérias objeções no Brasil, que dizer então de sua eficácia vertical? O primeiro e principal responsável pelo respeito à dimensão negativa do direito à moradia é o Estado. Desta forma, o Poder Judiciário não poderia, por exemplo, ordenar despejos forçados (de uma pequena família ou de toda uma comunidade), sem levar em consideração o fato de que as pessoas que ali residem estão protegidas pela dimensão negativa do direito fundamental à moradia. O dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX) é elucidativo no sentido de que a decisão ordenando o despejo deva obrigatoriamente analisar a eficácia negativa do direito à moradia, ainda que não tenha sido ventilada em contestação. Infelizmente, como bem demonstrado por Rafael de Alcypreste, isso não vem acontecendo no Poder Judiciário brasileiro.³²³

A eficácia negativa não significa dizer que a moradia seja um direito fundamental absoluto, intocável e impassível de restrições. Como todo e qualquer direito, a moradia poderá entrar em confronto com outros bens e valores fundamentais, públicos ou particulares. É o caso, *v.g.*, de moradias construídas em áreas de preservação ambiental e em áreas de risco, sendo a remoção necessária para preservar outros bens e valores fundamentais. A desapropriação para fins de interesse público e interesse social também são constitucionalmente admitidas.

Quer-se dizer que o direito à moradia, como direito fundamental, pode entrar em rota de colisão com outros direitos fundamentais dignos de igual tutela. Em casos como estes, a melhor ferramenta é a utilização do princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação, proporcionalidade em sentido estrito) como instrumento da aferição do grau de constrição e de sua viabilidade. Nestes casos, a tarefa deve levar em consideração que o direito à moradia, por vincular-se diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, possui uma carga valorativa que lhe concede superioridade axiológica frente a outros direitos fundamentais. Portanto, na tentativa de harmonização dos princípios em colidência, a forte carga valorativa do direito à moradia deverá ser levada em consideração pelo intérprete, que ao aplicar a proporcionalidade como instrumento de legitimidade da constrição, não poderá deixar de lado a necessidade de proteção do núcleo essencial do direito.³²⁴

³²³ ACYPRESTE, Rafael de. Ver considerações finais, pág. 131/135.

³²⁴ A ponderação como instrumento de solução de conflitos entre a moradia e outros direitos fundamentais é defendida por SARLET, Ingo. *Op. cit.* pág. 31/32 e também por NAZARÉ, Paulo Emílio Dantas. *Op. cit.* pág. 45/52, dentre outros. No entanto, há de ser ressaltando que este não é o único método possível.

3.1.4 – Base material e o conteúdo do direito fundamental à moradia

Nem todos os direitos fundamentais expressos no catálogo constitucional (Título II da CF) retiram direta e imediatamente seu fundamento de validade do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque a intensidade da articulação entre os direitos fundamentais presentes do catálogo e a dignidade da pessoa humana pode variar em conformidade com o âmbito de proteção e o objeto de tutela de cada um desses direitos. Como pontua Ingo Sarlet, isso não significa que não se reconheça na dignidade humana o fundamento primeiro e o alicerce para a construção de um conceito material dos direitos fundamentais.³²⁵

Se a maior ou menor vinculação dos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana é diretamente proporcional à importância daqueles para a efetivação desta,³²⁶ segue-se que, no tocante à moradia, esta vinculação alcança um dos patamares mais elevados. Isso quer dizer que o fundamento primeiro e direto do direito à moradia não é outro senão a dignidade da pessoa humana.

A estreita vinculação e o nível elevado de articulação entre o direito fundamental à moradia e a dignidade da pessoa humana, que passa a ser o elemento de justificação e a base material deste direito social, permite-nos concluir que a dignidade enche todo o conteúdo da moradia. A relação de complementariedade entre o art. 6º, 5º figura e o art. 1º, III, todos da CF, faz com que o primeiro dispositivo constitucional não possa ser compreendido de outra forma senão como instrumento de concretização do segundo. De conseguinte, o direito à moradia não pode ser entendido de outra maneira que não seja o *direito à moradia digna*. Direito à moradia é direito a morar com dignidade. A ordem constitucional brasileira permite, pois, inferir a existência de um direito fundamental a uma moradia digna.

Referências como “direito à moradia adequada”, prevista no Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966³²⁷ e na 2ª Conferência Mundial

³²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* págs. 13/14. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pág. 81/83.

³²⁶ Ideia retirada de SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição*. *Op. cit.* pág. 15.

³²⁷ Art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida”. (Grifou-se).

Sobre Assentamentos Humanos de Istambul (Agenda Habitat II, de 1996),³²⁸ ou “moradia decente” prevista na Constituição Belga,³²⁹ são despiciendas em nosso direito, que alberga como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).³³⁰ No Brasil, o direito à moradia tem todo o seu conteúdo preenchido pela dignidade humana, razão pela qual direito à moradia passa a ser sinédoque para direito à moradia digna.

Isso não implica dizer, todavia, que a moradia não se vincule a outros direitos fundamentais. Parece-nos clara, por exemplo, a estreita relação que o direito fundamental à moradia mantém com o princípio do livre desenvolvimento da personalidade. A proteção à intimidade e à vida privada não podem ficar de fora de seu conteúdo. O direito à saúde e à salubridade encontram amparo em seu seio. Como direito social prestacional por excelência, o direito à moradia surgiu como instrumento de concretização da igualdade material e da liberdade.

A instrumentalização da moradia à dignidade da pessoa humana a transforma em receptáculo onde fica depositada uma gama mais ou menos extensa de outros direitos fundamentais. Esses direitos, agasalhados do amplexo da moradia, têm em comum o fato de se potencializarem na estrutura de um lar. Assim, o direito à convivência em família, o livre desenvolvimento da personalidade, os direitos e deveres decorrentes do matrimônio, da união estável e do poder familiar, o direito à salubridade física, o direito ao sossego e ao descanso, o direito à intimidade e à vida privada (da qual se pode deduzir o direito ao livre desenvolvimento sexual), o direito à alimentação, além de tantos outros, todos eles encontram na moradia digna um terreno fértil sem a qual dificilmente poderiam florescer. Podemos dizer, então, que a moradia é um direito fundamental que viabiliza outros direitos fundamentais. É um *direito-instrumento*. Além de encontrar justificativa em si mesmo, justifica-se como instrumento de efetivação de outros direitos.

O direito à moradia digna tornou-se um direito humano universal, aceito como tal por quase todos os países do mundo, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1949, e também pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos,

³²⁸ Item 8, 1º parte, da Declaração: “8. Nós reafirmamos nosso compromisso com a total e progressiva realização do direito a moradias adequadas, conforme estabelecido em instrumentos internacionais”.

³²⁹ A versão em inglês da Constituição belga, em seu art. 23, (3), 3), usa o termo “the right to have decent accommodation”. O termo “accommodation” também poderia ser traduzido por “habitação” ou “acomodação”, ao invés de moradia. Entretanto, como o art. 23 da Constituição da Bélgica diz respeito ao princípio da dignidade, não seriam estas as melhores traduções.

³³⁰ A ideia central do parágrafo e os exemplos foram retirados de SARLET, Ingo. *Op. cit.* pág. 17.

Sociais e Culturais, de 1966.³³¹ Devido ao seu caráter universal, o conteúdo do direito à moradia não é estático e nem imutável. Varia a depender de cada povo e cultura, sendo também ajustável no decorrer do tempo.

Por esse motivo, o Comentário nº 4 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que trata do direito a uma moradia digna (art. 11, § 1º do Pacto) define a moradia adequada tomando por base os seguintes parâmetros: (1) segurança na posse, de modo a proteger os ocupantes contra o despejo forçado; (2) disponibilidade de serviços e infraestrutura, tais como água potável, saneamento básico, energia e coleta de lixo; (3) economicidade, pois os custos para a manutenção da moradia não devem comprometer o exercício de outros direitos fundamentais; (4) habitabilidade, uma vez que a moradia deve propiciar proteção física de seus ocupantes contra as condições climáticas adversas; (5) acessibilidade, uma vez que a moradia deve atender as necessidades específicas de seus ocupantes; (6) localização, de maneira a não alijar o acesso a escolas, unidades de saúde, emprego etc.; (7) adequação cultural, haja vista que a moradia deve respeitar a cultura dos ocupantes.³³²

De uma maneira geral, as Nações Unidas e a Presidência da República entendem que o direito à moradia digna, além de não poder ser interpretado de forma restritiva, é composto de três elementos: liberdades, garantias e proteções. Em sua dimensão de liberdade, a moradia abrange o direito de escolher onde morar, de determinar onde viver e de locomover-se. Também abrange o direito de liberdade de interferências em sua casa, em sua privacidade e em sua família. Em sua dimensão de garantia, o conteúdo da moradia garante a segurança na posse, o acesso igualitário e não discriminatório e o direito de participação na formulação de políticas públicas para a habitação. Na dimensão de proteção, o direito à moradia compreende a tutela contra remoções forçadas, no que está intimamente ligada com a segurança da posse.³³³

Também é consenso que, mesmo em sua dimensão prestacional, não deflui deste direito o dever de o Estado construir habitações para toda a população. Este direito também não proíbe a implementação de projetos de desenvolvimento que possam ocasionar a remoção forçada, mas impede que tais projetos sejam concebidos e

³³¹ Cf. BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência de República – SDH/PR. *Direito à moradia adequada*. Brasília, 2013, pág. 09. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/promocao-e-defesa/publicacoes-2013/pdfs/direito-a-moradia-adequada>. Acesso em: 24 jan 2017.

³³² Organização das Nações Unidas - ONU. Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral nº 4. Direito à moradia adequada. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/PAGINA2-1-dir-econ.html>. Acesso em 24 jan 2017.

³³³ BRASIL. *Direito à moradia adequada*, pág. 13/14.

implementados sem limitações, sem consulta à população afetada e sem a adoção de medidas que minimizem os transtornos causados. Por fim, não custa repetir que o direito à moradia digna pressupõe o acesso a serviços de infraestrutura que garantam a saúde, o conforto e a segurança dos ocupantes. Por esse motivo, a moradia deve ser equipada com serviço de água potável, saneamento básico, coleta de lixo, energia para iluminação, aquecimento, guarda e preparo de alimentos etc..³³⁴

Concluindo, o direito fundamental à moradia retira seu fundamento diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana. Pactos internacionais da qual o Brasil é signatário estabelecem seu conteúdo, com primazia para vetores de liberdades, garantias e proteções.

3.1.5 - Estrutura constitucional do direito à moradia

Conforme explicitado do item 2.2.4.1 desta dissertação, é correto afirmar que a Constituição Federal assegura para a propriedade uma dupla garantia. Primeiramente assegura uma garantia institucional ou objetiva, por meio da qual a propriedade está protegida como instituição jurídica. Em segundo lugar, assegura uma garantia individual ou subjetiva, por meio da qual se protege a concreta posição jurídico-patrimonial concentrada nas mãos de um particular.³³⁵

O que nos interessa por agora é saber, como ponto de partida para a compreensão do problema, se essa dupla garantia também está constitucionalmente assegurada para o direito à moradia. É dizer: a estrutura constitucional do direito à moradia pressupõe uma garantia institucional e uma garantia individual?

Para respondermos a tal pergunta, o recurso à doutrina é completamente inútil. Na pesquisa realizada, não encontramos autores que versassem o tema.³³⁶ Por outro lado, fazer pura e simplesmente equiparações entre a estrutura constitucional da propriedade e da moradia seria, no mínimo, um ato temeroso, dado que o direito à moradia se assenta sobre fundamento diverso, tem uma evolução histórico-filosófica própria e possui uma dimensão prestacional ausente na propriedade.

³³⁴ BRASIL. *Direito à moradia adequada*, pág. 13/14.

³³⁵ CORREIA, Fernando Alves. *Op. cit.* pág. 799/802.

³³⁶ Encontramos em NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, pág. 63, uma breve e genérica menção à dimensão objetiva e subjetiva da estrutura do direito social fundamental à moradia.

Parece-nos claro que, na estrutura constitucional do direito à moradia, não poderia deixar de ser assegurada, primeiramente, uma garantia de instituição. Entretanto, isso não se dá do mesmo modo como na propriedade. A diferença está em que preservar o direito à moradia como instituição pressupõe *ordens negativas* e *positivas* dirigidas pela Constituição a todos os poderes constituídos. Ao contrário do que acontece na propriedade privada, na moradia o mandamento constitucional dirige-se, também, ao Poder Executivo e Judiciário.

Como *ordens positivas*, que se dirigem exclusivamente ao legislador ordinário, a Constituição assegura que deverá existir um conjunto mínimo de leis que estabeleça uma política pública eficiente para a área habitacional. Esse plexo ou complexo de leis deve formar um *estatuto jurídico da moradia*. Por óbvio que, dado os três níveis políticos pelas quais se estrutura nossa República Federativa, além da enorme diversidade de abordagens possíveis, nem todas as regras jurídicas sobre moradia e habitação haveriam de estar em uma única lei. Isso pouco importa. Para a garantia da moradia como instituição, basta que haja a rede de lei, mais ou menos ampla, formadora do *estatuto jurídico*.

Como ordem negativa, a Constituição consagra que o plexo de leis formadoras do estatuto jurídico da moradia, bem como a política pública voltada para o setor, não poderão ser extintas ou sofrer retrocessos. Ao contrário, deverão ser constantemente atualizadas e melhoradas. Aqui, a ordem constitucional dirige-se não apenas ao Legislativo, mas também ao Executivo e ao Judiciário.

A versão negativa da garantia institucional da moradia tem conexão com o princípio da proibição do retrocesso. O problema ligado à face negativa da garantia de instituição tem relação com a questão de saber se o legislador e o executivo podem ou não efetuar regressões nessa seara, e até que ponto. É dizer: em matéria de direito à moradia, poderá existir retrocesso nas leis e nas políticas voltadas para o setor, em especial para atender interesses conjunturais da economia e do mercado?³³⁷ O problema não é de todo desprovido de importância. Como ressaltado no item 3.2, recentemente os programas habitacionais do governo federal sofreram graves retrocessos.

³³⁷ Esse mesmo tipo de indagação foi feita, embora em um contexto geral e não específico, isto é, sem a análise particular do direito à moradia, por SARLET, Ingo. *Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana, e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível*. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, pág. 10. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 08 fev 2017.

Dada a estreita ligação da moradia com a dignidade da pessoa humana, parece-nos que a face negativa da garantia de instituição proíbe qualquer tipo de retrocesso legislativo ou administrativo nessa matéria. Isso quer dizer que a garantia de instituição não permite que os avanços alcançados possam ser regredidos ou sequer paralisados.

Lembramos que, neste ponto específico, há relativo dissenso em doutrina. Isso porque alguns autores confirmam a existência de um princípio constitucional geral de proibição do retrocesso,³³⁸ inclusive com aplicação no direito à moradia,³³⁹ e outros negam a possibilidade do seu existir.³⁴⁰ A posição doutrinária que se adote terminaria, em último caso, por interferir na existência ou não de uma face negativa da garantia institucional assegurada pela Constituição à moradia. Negada a existência de um princípio geral de proibição do retrocesso, aplicável especialmente (mas não exclusivamente) aos direitos sociais, não há porque concluir que exista uma garantia de não retrocesso institucional do direito à moradia.

Como já ressaltado (item 3.2), o direito à moradia não impõe ao Estado o dever de disponibilizar uma moradia para quem não a possui e comprove a ausência de recursos para adquiri-la. Com isso, pode-se concluir que a garantia individual ou subjetiva do direito à moradia se estrutura de maneira diversa do que ocorre com a propriedade. Na verdade, muito embora a moradia não possa ser exigida como direito individual em face do Estado, isto é, não está subjetivada, permanece dedutível de sua estrutura constitucional um direito de acesso a ela. Isso quer dizer que o direito de acesso a uma moradia existe em âmbito constitucional, muito embora tal direito não possa ser exigível judicialmente contra o Estado.

Se a garantia subjetiva não outorga ao seu titular o direito de exigir do Estado que lhe forneça uma habitação adequada, por outro lado concede um dever de respeito para com aquele que a possui. A garantia subjetiva não dá um *direito de aquisição* contra o Estado, mas legitima um *direito de permanência*³⁴¹. Dá-se, aqui, o contrário da propriedade, cuja garantia subjetiva, individual ou garantia de permanência não permite a dedução de um direito subjetivo de acesso. No entanto, à semelhança dela, permite-se a tutela daquilo que já foi adquirido.

³³⁸ SARLET, Ingo. *Proibição de retrocesso...*, pág. 4/8.

³³⁹ SARLET, Ingo. O direito fundamental à moradia..., pág. 33/35.

³⁴⁰ É o que pode ser inferido de NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, pág. 89/92.

³⁴¹ Um pouco mais adiante teremos a oportunidade de demonstrar que a garantia individual ou subjetiva, ao contrário do que ocorre na propriedade, não se confunde com a *garantia de permanência*.

A dimensão subjetiva da estrutura constitucional da moradia tutela, em primeiro lugar, a moradia que já se tem. A extensão dessa garantia constitucional não é estática e inerte. Ao contrário, é fluida e maleável, moldando-se às peculiaridades de cada caso concreto. Muito embora se possa dizer que a dimensão subjetiva confira uma proteção genérica e não subjetivada (aqui chamada de proteção *prima facie*), que abrange a defesa geral da moradia contra investidas do proprietário do imóvel (exercidas com intenção de despejo forçado), de terceiros particulares e de qualquer dos três poderes (em especial do Poder Judiciário), não pode ser esquecido que essa proteção *prima facie* deve ser amalgamada às circunstâncias e peculiaridades do caso concreto. É a análise do caso específico que vai permitir que a proteção *prima facie* seja devidamente modelada para servir aos interesses de proteção da dimensão subjetiva da estrutura constitucional.

A proteção *prima facie*, à luz do caso concreto, transforma-se em proteção efetiva e subjetivada, de maneira a blindar o titular da moradia com uma gama de direitos mais ou menos ampla, adequada à tutela de sua concreta posição jurídica. O tamanho, a quantidade, a extensão e as especificidades dessa gama de direitos não é passível de enumeração ou descrição *a priori*, até porque variável em cada contexto fático. A fluidez da dimensão subjetiva da estrutura constitucional da moradia permite que para cada situação se projete um conjunto de direitos, deveres, situações e posições jurídicas aptas à tutela do direito fundamental.

Pode até ser que, dadas as peculiaridades do caso concreto, ocorrendo embate entre direitos fundamentais, não havendo possibilidade de harmonização ou otimização, que a moradia tenha que ceder passo a outros direitos fundamentais, como a propriedade. É o que ocorre, muitas vezes, no conflito entre os direitos do locador e do locatário, do possuidor e do posseiro, do proprietário e de invasor etc.. Nestas hipóteses, poderá haver restrição máxima ao direito fundamental à moradia, culminando-se em ordem para um despejo forçado.

Mesmo na hipótese em que há o sacrifício máximo, a dimensão subjetiva da estrutura constitucional da moradia dita o nascimento de direitos chamados de *correlatos*, *laterais*, *instrumentais* ou *satelares*. Resolvemos chamá-los desta maneira porque, muito embora não digam respeito (de maneira direta e imediata) ao direito à moradia em si mesmo, gravitam em torno e em função dele. São correlatos, estão ao lado ou são satélites a orbitar um direito principal. Surgem antes da moradia e se perpetuam mesmo após o seu fim, muito embora sua função seja a de potencializá-lo e torná-lo operacional.

As variadas funções da dimensão subjetiva da estrutura constitucional da moradia são semelhantes às desempenhas pela boa-fé objetiva no plano dos negócios jurídicos.³⁴² O nascimento de situações e posições jurídicas não relacionadas diretamente à moradia em si, mas que conferem direitos e deveres de *proteção, informação e cooperação*, são uma realidade inegável. Esses direitos e deveres de proteção, informação e cooperação não são enumeráveis. Como já dito, seu conteúdo é fluido e maleável, estando a depender de cada caso concreto.

Nos despejos forçados, por exemplo, o Poder Judiciário e os autores da ação têm o dever de proteção para com todos os desalojados. Deverão tomar todas as medidas para resguardar a integridade física e psíquica daqueles que forem afetados pela medida. Os deveres de proteção estendem-se não apenas ao corpo, mas também ao patrimônio. Por esse motivo, os despejos forçados sempre deverão ser executados de maneira que minimizem os prejuízos financeiros. O direito real de habitação concedido pela lei civil ao viúvo (CC, art. 1831), assim como a impenhorabilidade do bem de família (Lei n 8.009/90), são manifestações da proteção devida à moradia.

É pelo dever de *informação* que, por exemplo, o proprietário deverá avisar eventuais ocupantes sobre as condições do imóvel que possam afetar a salubridade e a segurança, caso não sejam estas visíveis e aparentes. Na eventualidade de despejo, deverão os ocupantes serem avisados com prazo razoável para deixar o imóvel.

Pela *cooperação* pode-se deduzir uma série de deveres. A proibição de fixação de alugueis em moeda estrangeira (art. 15, Lei 8.245/91) e o direito de preferência (art. 27) são algumas das manifestações do dever de cooperação que foram positivadas em lei infraconstitucional. Pelo dever de cooperação, todos devem cooperar entre si para que se efetive a moradia em sua máxima amplitude, sendo também dever de todos os envolvidos cooperarem para que o despejo forçado ocorra da maneira menos traumática possível.

Aliás, todas as diretrizes constantes do Comentário Geral nº 07 do Comitê das Nações Unidas de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais são expressões da emanção dos direitos instrumentais decorrentes da garantia subjetiva da moradia em sentido constitucional.³⁴³

³⁴² Foi da boa-fé objetiva que retiramos as funções e as nomenclaturas descritas no parágrafo anterior e nos seguintes.

³⁴³ Item 15 do Comentário nº 7º do Comitê sobre os Direitos Econômicos Sociais e Culturais, que trata dos “despejos forçados”, em tradução livre: “a) uma autêntica oportunidade de consultar as pessoas afetadas; b) um prazo suficiente e razoável para notificar todas as pessoas afetadas da data prevista para o despejo; c) fornecer a todos os interessados, em um prazo razoável, informações relativas ao despejos que irão acontecer e, se for o caso, sobre os fins a serem dados às terras ou moradias; d) a presença de funcionários

A natureza maleável do direito à moradia não permite uma enumeração exaustiva dos deveres de proteção, informação e cooperação que resultam de sua estrutura constitucional subjetiva. Interessante ressaltar que os deveres instrumentais são impostos não apenas em favor do titular da moradia, mas também *contra ele*. Por exemplo, os ocupantes de uma moradia não poderão destruir ou alterar suas características básicas (dever de proteção), assim como ninguém poderá fazer uma reforma em desacordo com as normas de postura municipais (dever de cooperação). Infelizmente o tema referente aos deveres instrumentais oriundos do viés subjetivo da estrutura constitucional da moradia não poderá ser melhor analisado, dada as limitações deste trabalho. Todavia, sua existência parece inegável.

3.2 - A ARTICULAÇÃO ENTRE POSSE, PROPRIEDADE E MORADIA, TOMADAS EM SENTIDO CONSTITUCIONAL

Neste segundo tópico, investigam-se as interferências provocadas na estrutura constitucional da propriedade privada e na teoria jurídica da posse pela força normativa da moradia. As consequências deste “relacionamento” também fazem parte do estudo. A relevância do problema acentua-se porque a visão supostamente científica (mas verdadeiramente positivista) das teorias da posse e da propriedade não tiveram o resultado de fazer concreto o direito fundamental à moradia.

3.2.1 – O problema da cientificidade das teorias da posse e da propriedade

A posse e a propriedade fundiária foram utilizadas como modelo inicial de estudo porque, nos primórdios da teoria possessória e na construção da propriedade como direito absoluto, possuíam maior relevância econômica e social. Entretanto, com o êxodo rural e a crescente urbanização da população, a importância econômica e social da propriedade e da posse fundiária foi gradativamente substituída pela propriedade urbana (moradia) e por outras formas de capital, como o industrial, comercial, financeiro etc..

do governo ou seus representantes durante o despejo, especialmente quando afetar grupos de pessoas; e) identificação exata de todas as pessoas que realizarem o despejo; f) não realizar os despejos quando haja mau tempo ou à noite, salvo com o consentimento dos afetados; g) oferecer recursos jurídicos; e h) oferecer assistência jurídica para o caso em que seja possível uma indenização perante os tribunais. *In*, Organização das Nações Unidas - ONU. Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral nº 4. Direito à moradia adequada. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/reforma-agraria/ComentarioGera17_DESC>. Acesso em: 24 jan 2017.

Embora o estudo não se refira ao Brasil, que parece não dispor de dados históricos confiáveis e suficientes para a realização de uma pesquisa séria sobre o tema, Thomas Piketty comprova que a propriedade fundiária, no início do século XVIII, representava economicamente em torno de 450% do valor do capital nacional na Inglaterra e na França. Isso quer dizer que, nestes países, as terras agrícolas materializavam entre quatro e cinco anos da renda nacional, ou seja, quase dois terços de todo o capital disponível. Na segunda década do século XXI, esses valores foram reduzidos para menos de 10% da renda nacional, o que representa menos de 2% da riqueza total destes países. Segundo este economista, o declínio do valor das terras agrícolas pode ser explicado pela perda de relevância da agricultura na atividade econômica. Por outro lado, o valor das moradias, que no início do século XVIII era de um ano de renda nacional, elevou-se no século XXI para mais de três anos, significando que, na atualidade, mais da metade da riqueza nacional destes países está materializada em forma de habitação. Segundo Thomas Piketty, o capital mudou de natureza: de agrícola, passou a imobiliário, industrial e financeiro.³⁴⁴

Isso vem a demonstrar a grande importância que a moradia passou a ter no atual cenário econômico. Não há razões para acreditar que o Brasil tenha sido exceção à regra: o capital fundiário foi gradativamente substituído por moradias e pelo capital financeiro. Embora a posse e a propriedade agrícola continuem a ter sua relevância, é de se concluir que foram ultrapassadas em importância econômica e social pela posse e propriedade urbanas. Tal qual ocorreu com a posse, a moradia também foi transformada em mercadoria. Foi relegada pelo sistema ao patamar de um simples produto disponível no mercado de consumo.

Se o ângulo de visão que adotássemos fosse unicamente o do positivismo jurídico, facilmente chegaríamos à conclusão que o Brasil, juntamente com a Alemanha e a Suíça, possui a melhor teoria da posse já concebida. Nossa teoria jurídico-civil da propriedade também é, sob este ponto de vista, extremamente confiável. Sobre o ângulo estrito do positivismo, as teorias da posse e da propriedade adotadas no Brasil são simplesmente perfeitas. Não possuem falhas e lacunas que levam a distorções ou a construções artificiais, fora da ciência, como é o caso da Itália.³⁴⁵

³⁴⁴ PIKETTY, Thomas. *O capital do século XXI*. E-pub. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, posição 2263/2394.

³⁴⁵ Sobre o assunto, Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo X. Atualizado por Luiz Edson Fachin. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 62

Nunca é demais lembrar que a pandectística e a escola histórica estavam em voga na época do desenvolvimento da teoria possessória e da reconstrução da propriedade como um direito absoluto.³⁴⁶ Então, a ciência jurídica passou a ser construída sob a perspectiva do positivismo científico. Isso quer dizer que a ciência jurídica e o jurista deveriam possuir a exclusividade no desenvolvimento de institutos e teoria aplicáveis ao direito. Argumentações de caráter social, moral, político, ético e econômico passaram a não dizer respeito ao direito e ao jurista.³⁴⁷

Franz Wieacker informa que Savigny e seu contemporâneos buscaram em Kant a convicção de que a ordem jurídica não é uma ordem ética, mas um meio de viabilizá-la. A independência do jurídico para com o ético, o social, o filosófico seria total. Sua existência é independente. Portanto, o positivismo jurídico, à semelhança do positivismo científico, não deve buscar a fundamentação de seus institutos em elementos metafísicos, senão em observações ordenadas pelo rigor científico. É uma ciência especializada, cujo método de descoberta é regido por padrões rígidos de verificação.³⁴⁸ Representou a necessária reação à arbitrariedade da jurisprudência, com a insegurança jurídica dela advinda.³⁴⁹

Inaugurado o positivismo científico, todo o direito haveria de ser desenvolvido dentro de regras, conceitos e princípios encontrados internamente no próprio sistema.³⁵⁰ Ainda segundo Franz Wieacker, dessa peculiaridade resultou que:

(1) o sistema jurídico passa a ser um sistema fechado, com método, regras e princípios próprios, independente de outras ciências e, pior ainda, independente da realidade social. Possui uma lógica interna que o torna autossuficiente. Os problemas jurídicos, por mais intrincados que possam parecer, são solucionados pelos mecanismos de incidência da norma jurídica sobre o seu fato-tipo. A subsunção é um processo científico. Os institutos jurídicos são dados reais, elaborados a partir da experimentação. Como as normas jurídicas passam a ser confeccionadas a partir de princípios imanentes de justiça e retidão, obtidos pela ciência e experimentação, o mecanismo de subsunção garante, ao

³⁴⁶ Para uma análise mais profunda da metodologia jurídica inaugurada por Savigny (que se refletiu na sua teoria da posse), Cf. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneo*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pág. 162/166. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, pág. 9/18.

³⁴⁷ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3 ed. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pág. 491/492.

³⁴⁸ WIEACKER, Franz. *Op. cit.* pág. 492/493.

³⁴⁹ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Op. cit.* pág. 114.

³⁵⁰ Idem, pág. 494.

mesmo tempo, não apenas a cientificidade da solução, mas também a sua justiça. O formalismo científico, por intermédio da justiça da lógica do procedimento, garante a justiça do resultado. A solução encontrada passa a ser necessariamente justa, independentemente de suas consequências.³⁵¹

(2) o positivismo constrói um sistema pleno, isto é, um sistema que permite a integração de suas lacunas por ele mesmo. Muito embora a presença de lacunas seja algo incontestável, a colmatação é realizada por regras internas do próprio sistema.³⁵² Atualmente o dogma do sistema fechado e pleno não é levado a sério, pois restou dominante a convicção de um mundo jurídico aberto e móvel.³⁵³

Foi sob esta perspectiva que se construíram tanto a teoria da posse como a da propriedade. O intuito era criar teorias científicas regidas por critérios neutros de experimentação, livre de ideologias e descompromissada de resultados. As teorias da posse e da propriedade não deveriam almejar a concretização de valores metafísicos, éticos ou sociais. Não era relevante que possibilitassem a democratização da propriedade fundiária, permitindo o acesso do maior número de pessoas à terra; muito menos que servisse de instrumento de acesso à moradia.

Perseguir um desiderato, ter uma função a cumprir, servir de meio para a consecução de finalidades superiores a si mesma, nada disso era relevante. O que importava é que a teoria devesse ser forjada dentro dos padrões científicos ditados pelo positivismo. Isso já garantiria, por si só, a imparcialidade e a justiça da solução.

A solução encontrada por este método científico passava por um duplo processo de legitimação. Primeiramente, as teorias legitimavam a si mesmas. Aplicar as teorias era encontrar a solução justa e adequada, independentemente do resultado. O procedimento legitimava as consequências. Se a fórmula para o resultado foi ditada pela ciência, o produto encontrado era necessariamente adequado. Segundo, porque o órgão encarregado de aplicar as teorias era o Poder Judiciário, que detém legitimação constitucional para assim o fazer. O fato de o Poder Judiciário estar encarregado de aplicar as teorias da posse e da propriedade legitimou-as, também, do ponto de vista orgânico, pois a legitimidade

³⁵¹ WIEACKER, Franz. *Op. cit.* pág. 495.

³⁵² WIEACKER, Franz. *Op. cit.* pág. 494. LARENZ, Karl. *Op. cit.* pág. 447/460.

³⁵³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4 ed. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, pág. 103/143. Para uma análise mais profunda do positivismo jurídico-científico e sua decadência, Cf. KAUFMANN, Arthur.; HASSEMER, Winfried. *Op. cit.* pág. 114/122. LARENZ, Karl. *Op. cit.* pág. 97/129.

constitucional para decidir tais questões transferiu-se espontaneamente para a própria decisão tomada.

Assim, a legitimação era interna e externa. Interna, por obediência ao método criado pelas teorias. Externa, pela transferência de legitimidade do órgão encarregado de aplicá-la. Em consequência, muito pouco ou raramente se questionam as decisões judiciais em matéria de posse e propriedade, por mais absurdas que pareçam.

As teorias, gestadas de maneira completamente alheia e indiferente às idiossincrasias do direito à moradia, são aplicadas sem ressalvas pelo Poder Judiciário, o qual não sabe atribuir a este direito fundamental o peso devido na interpretação e conformação do ordenamento jurídico, em especial na releitura e reconfiguração da posse e da propriedade em sentido constitucional. Mesmo dissociada do direito fundamental à moradia, parece claro que a posse e propriedade são poderosos instrumentos para concretizá-la.

3.2.2 – Interferência da moradia na estrutura constitucional da propriedade privada

Como já visto, afora o caso do direito à propriedade como instituição jurídica, não é possível falar-se na existência de um direito de acesso que possa ser dedutível da estrutura constitucional da propriedade privada (ver item 2.2.4.3). Entretanto, isso não ocorre com a moradia, pois o viés prestacional deste direito fundamental conjura no sentido de que a estrutura constitucional não exclui (ao contrário, inclui!) um *direito de acesso*. Trocando por outras palavras, é correto dizer que não existe um direito constitucional de acesso que derive da estrutura da propriedade privada,³⁵⁴ mas existe um direito constitucional de acesso à moradia.

Esse direito de acesso a uma moradia digna, porquanto não subjetivado, revela-se, também, como um direito *prima facie*. A *garantia subjetiva*, entendida como uma *garantia de acesso*, não deve ser confundida com a *garantia objetiva*, no sentido de ser apenas um mandamento de otimização para que os poderes da república façam aquilo que for necessário para a universalização, difusão e implementação do direito. Aqui, o direito à moradia coloca seu titular em uma posição jurídica de poder exigir que a moradia se

³⁵⁴ Tema interessante, mas não ferido nessa dissertação, diz respeito ao direito de acesso à propriedade que assegure um mínimo existencial ou vital. Sobre ele, Cf, NOVAIS, Jorge Reais. *Direitos Sociais*, pág. 190/208. Entretanto, desde logo fica esclarecido que, no nosso entender, o direito de acesso à propriedade que assegure um mínimo existencial ou vital não é extraível da estrutura da propriedade constitucional, mas sim, de maneira direta e imediata, da dignidade da pessoa humana.

torne concreta da maneira mais efetiva possível, em especial que a concretização da moradia se dê por intermédio do acesso à propriedade privada.

É claro que o acesso à propriedade não é o único meio de concretização do direito fundamental à moradia, que pode efetivar-se pela locação, comodato, arrendamento, usufruto, concessão de uso, direito real de habitação, cessão, posse direta, a superfície etc.. Entretanto, a aquisição da propriedade privada outorga ao titular da moradia a segurança jurídica máxima de sua posse, cumprindo a diretiva constante no Comentário nº 4 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11, § 1º do Pacto) da ONU.

Nestes casos, tendo acesso à propriedade privada, afora a sempre possível hipótese de desapropriação, dificilmente o titular do direito à moradia seria incomodado em sua posse, razão pela qual sua moradia teria grau máximo de segurança jurídica. É por esse motivo, embora a moradia possa se concretizar por outros meios, que a propriedade privada passa a ser a modelagem ideal do *acesso à moradia*.

Como já dissemos, não há como extrair-se da estrutura constitucional da propriedade privada um direito de acesso a ela. Entretanto, a garantia constitucional individual ou subjetiva, dedutível da estrutura constitucional da moradia, tem como uma de suas consequências o alargamento dos horizontes do direito de propriedade, de maneira a funcionalizá-lo para a concretização da moradia.

Na propriedade privada, quanto maior for a afetação do bem a um interesse individual, tanto maior será, também, o grau de utilização privada e do poder de disposição concedida ao proprietário pelo ordenamento jurídico. O contrário também é verdadeiro, pois quanto mais o bem for passível de utilização coletiva e quanto maior for o interesse da sociedade em seu uso, quanto menor deverá ser o grau de utilização privada e do poder de disposição do proprietário.

Na propriedade urbana que tem por finalidade a moradia, estes dois aspectos necessitam de harmonização. De um lado, a moradia está afetada à consecução de finalidades individuais. Isso conjura que o grau de utilização privada concedida pelo ordenamento deverá ser elevado, até porque a moradia não seria efetiva caso não existisse um grau mais ou menos extenso desta utilização. Por outro lado, a correta destinação de um tal imóvel continua a ser do máximo interesse da coletividade. Isso dita que a utilização privada deva ser restringida. A harmonização no seio da propriedade que serve de moradia ocorre de modo a conciliar os interesses privados com os interesses sociais. O que está em jogo é a harmonização entre duas liberdades: a o proprietário e a do *alter*.

A utilização privada continua permitida em um grau relativamente alto, mas normas de urbanismo, planificação urbana e de postura limitam-lhe diversos aspectos, como no caso do *ius aedificandi*, dos direitos de vizinhança e outros.

Se o direito à propriedade privada tem como fundamento material a necessidade de resguardar um âmbito de liberdade para a conformação patrimonial do proprietário, sua ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana é referida e indireta. A necessidade de criação de uma esfera de proteção para a liberdade de conformação patrimonial é a ponte que faz a necessária ligação entre a propriedade privada e a dignidade da pessoa humana. Sem essa ponte, dificilmente a propriedade privada encontraria uma justificativa razoável para a sua permanência como instituição no ordenamento jurídico. Ficaria carente de uma base material que justificasse sua existência, notadamente em uma democracia constitucional.

À propriedade que serve de moradia agrega-se, além dos fundamentos clássicos que a justificam, os fundamentos que justificam a própria moradia. Neste caso específico, quando a propriedade serve de instrumento para a moradia, soma-se à primeira a justificativa constitucional da segunda. A moradia, então, interfere de uma forma tão intensa do direito de propriedade que lhe acrescenta uma nova justificativa constitucional, uma nova *ratio essendi*.

A propriedade privada instrumentalizada pela moradia, desta forma, passa a ter ligação direta e imediata com o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse estreitamento de conexões entre a propriedade e a dignidade da pessoa humana propiciada pela moradia justifica a existência de um regime de tutela diferenciado e privilegiado em relação as demais espécies de propriedade. Não é por outra razão que a propriedade tornada bem de família (Lei nº 8.009/90) recebe o beneplácito da impenhorabilidade.

Para além do reforço em sua justificativa constitucional e de uma maior proximidade com a dignidade da pessoa humana, outra interferência da moradia na propriedade privada deve ser assinalada. Como já dissemos (item 2.2.4.3), não é possível deduzir da estrutura constitucional da propriedade privada um *direito de acesso*. No entanto, a garantia estrutural subjetiva da moradia, que assegura um *direito de acesso à moradia*, permite-nos falar da existência de um *direito de acesso à moradia por intermédio da propriedade*.

É o caso, por exemplo, do tratamento diferenciado que o ordenamento dispensa a certas posses rurais ou urbanas que preencham algumas condicionantes e sirvam de instrumento à moradia. Nessas hipóteses, poderão ser usucapidas em tempo relativamente

pequeno (CF, arts. 183 e 191; CC, arts. 1239 e 1240; Lei nº 10.257/01, arts. 9º e 10). Observe-se que os fundamentos ordinários justificadores da usucapião não serviriam para embasar o menor lapso de tempo dispensado às usucapiões especiais urbanas, rurais e coletivas.

A determinação de conversão da posse em propriedade origina-se de um *direito de acesso à propriedade* que não pode ser dedutível da estrutura constitucional da propriedade privada, mas pode ser inferido de sua conjugação com a estrutura constitucional da garantia subjetiva outorgada à moradia. É dizer que, embora exista um *direito de propriedade* sem existir um *direito à propriedade*, por força do direito fundamental à moradia passa a existir um *direito à propriedade para fins de moradia*, ou se preferirem, um *direito à moradia com propriedade*.

Não se desconhece que o neoconstitucionalismo apregoa existir um direito de acesso à propriedade como uma garantia fundamental para a realização material das potencialidades de cada indivíduo. Esse direito de acesso à propriedade estaria garantido a todos aqueles que de alguma forma possam conferir uma função social aos bens escassos, em especial ao solo. Isso derivaria de que, esgotado o modelo pueril da igualdade formal de acesso à terra, um novo paradigma que assegurasse uma igualdade material de acesso, derivado diretamente dos princípios constitucionais mais elevados (dignidade da pessoa humana), devesse ser reconhecido e viabilizado.³⁵⁵

Entretanto, já expusemos anteriormente as razões pelas quais acreditamos que um direito de acesso à propriedade privada não pode ser deduzido de sua estrutura constitucional. Isso de modo algum implica ilegitimidade ou ilegalidade das reivindicações oriundas de movimentos sociais, que postulam urgentes mudanças na estruturação urbana, de modo a serem garantidos o acesso ao solo, o direito à moradia digna e à infraestrutura urbanística adequada. Não apenas as reivindicações pelo direito à moradia, mas também o direito à cidade, são lícitas e devem ser atendidas. Quanto mais forte forem os argumentos jurídicos em prol da causa, tanto melhor para a consecução deste desiderato.

A interferência, então, não é de mão única: da mesma forma que a moradia modela a estrutura constitucional da propriedade, também é modelada por ela. Se faz parte do conteúdo constitucional da moradia um direito à segurança da posse e se a

³⁵⁵ NAZARÉ. Paulo Emílio Dantas. *O acesso à propriedade...*, pág. 53/60.

propriedade é o meio mais seguro e eficaz de garantir essa segurança, segue-se que a moradia deve ser concretizada preferencialmente pela propriedade.

Isso quer dizer que existe um espaço constitucional exclusivo da propriedade e outro espaço exclusivo da moradia. Cada qual destes direitos fundamentais tem seu próprio domínio, com justificação diferente, objeto de tutela e âmbito de proteção exclusivos e diferenciados. No entanto, existe uma área de interferência recíproca, em que ambos os direitos se encontram e dividem um território comum no campo da experiência humana. Nesta zona de influência conjunta, propriedade e moradia, embora distintas, devem ser harmonizadas em uma unidade conformadora. De certa maneira, poderíamos representar as interações entre propriedade e moradia por dois círculos não concêntricos, mas que possuem áreas de intersecção.



Podemos, em princípio, classificar as interações entre propriedade e moradia de duas formas, a depender da titularidade de cada direito fundamental. No primeiro caso, a propriedade e a moradia estão nas mãos de um mesmo titular. No segundo, estão nas mãos de titulares diferentes.

Na hipótese em que a propriedade e a moradia são titularizadas por uma mesma pessoa, a análise leva em conta apenas a propriedade como garantia individual, subjetiva ou de permanência, pois não tem relevância para esta questão a propriedade como garantia de instituição. Neste caso específico, a moradia poderia ser encarada não como um direito autônomo e independente, mas como um mero exercício do *poder de usar a coisa*, decorrente da estrutura jurídico-civil da propriedade, ou como exercício da *utilização privada*, derivado de sua estrutura constitucional.

Aqui cabe um parêntese. É pelo costume injustificável de enxergar o exercício do direito à moradia como um mero apêndice dos poderes inerentes à propriedade (usar, alugar, receber em comodato, ter superfície etc.) que muitas vezes não se consegue vê-la como instituto autônomo e independente. Esta visão tem o direito à moradia como uma decorrência da propriedade e está fortemente arraigada em nossa cultura jurídica. Ou o proprietário usa a coisa para a sua própria moradia, ou concede-a para que outrem nela more. De uma forma ou de outra, a moradia nada mais seria do que o exercício de um dos

poderes concernentes à propriedade. O uso da edificação para a moradia é vinculado ao consentimento do proprietário. Trata-se de uma visão reducionista, que menoscaba a moradia enquanto direito fundamental dotado de autonomia.

Na hipótese em que a propriedade é também moradia, nítida se mostra a expansão ocorrida em sua justificativa e estrutura constitucionais. Alarga-se, também, seu âmbito de proteção. A criação de um âmbito de liberdade para a conformação patrimonial passa a ser apenas mais uma das razões da tutela constitucional, uma vez que agora a propriedade ganha vínculo direto e imediato com a dignidade da pessoa humana. O âmbito de proteção, que não possuía elementos naturais, passa a ser o lar, o local onde se habita.

Nesta hipótese específica, propriedade e moradia, dado o elevado grau de interação, podem ser representadas por dois círculos concêntricos, como abaixo:



Além da hipótese tratada acima, também é possível que propriedade e moradia estejam titularizadas por pessoas diferentes. Essa diferença de titularidade ocorre de duas maneiras distintas: pode surgir com ou sem o consentimento do proprietário.

Quando um terceiro, detentor da moradia, a tem com o consentimento do proprietário, como no caso da locação e do comodato, aquela costuma ser enxergada como uma simples permissão ou tolerância. Seu exercício não é visto como um direito autônomo e independente, senão como uma derivação do poder que o proprietário possui de colher os frutos civis de seu imóvel. É o proprietário que dá a permissão para morar e pode revogá-la a qualquer momento. Por conta disso, leis as mais diversas surgiram com o objetivo de tutelar a moradia contra os abusos cometidos pelo proprietário, a exemplo da Lei nº 8.245/91 (que dispõe sobre a locação de imóveis urbanos).

Outras vezes, o titular do direito à moradia também é titular de algum direito real limitado sobre a coisa, o que lhe concede um grau de segurança jurídica maior em face do proprietário, como nos casos da superfície (CC, art. 1369/1377), do usufruto (CC, art. 1390/1411), do uso (CC, art. 1412/1413), da habitação (art. 1414/1416), do direito do promitente comprador (CC, art. 1417/1418) etc.. Também aqui é dedutível que o direito

à moradia teria surgido como um mero desdobramento de uma das elementares da propriedade. Continuará sem autonomia.

O *hard case* concentra-se na hipótese em que, além da diferença de titularidade, exista uma falta de consentimento, ou até mesmo proibição de uso, imposta pelo proprietário. Aqui, mais uma vez o senso jurídico comum atua para obscurecer o correto entendimento do problema. Pelo senso comum, caberia ao proprietário autorizar ou não o uso de sua propriedade. Se uma tal autorização não existe, cabe-lhe retomar a coisa das mãos de quem injustamente a possui. Para tanto, poderá manejar qualquer dos remédios processuais disponíveis no ordenamento.

Ocorre que a moradia é um direito fundamental autônomo e independente. Situada no Título II, Capítulo II, a Constituição Federal assegurou um regime jurídico de fundamentalidade que a coloca em patamar de igualdade com a propriedade privada. Entre ambas não existe hierarquia. Caso existisse algum tipo de hierarquia axiológico-normativa (o que poderia ser cotejado apenas no plano das abstrações, sem vinculação a qualquer situação específica e concreta), a estreita conexão da moradia com a dignidade da pessoa humana levaria a inferir sua superioridade em face da propriedade privada.

A autonomia constitucional da moradia permite-nos concluir que este direito fundamental possui um valor intrínseco que lhe é inerente, fazendo-o digno de tutela pelo que representa em si mesmo, sem estar atrelado a qualquer outra posição jurídica prevista no sistema. A moradia é digna da proteção constitucional não porque sirva ou seja instrumento ou apêndice de outros direitos, em especial da propriedade. A tutela começa e termina nela mesma. A moradia é um fim, não um meio. Basta a si própria.

Na zona de interferência recíproca, o viés negativo da moradia opõe-se contra eventuais investidas em seu âmbito de proteção feitas pela propriedade. Constrói uma espécie de barreira ou escudo cuja finalidade é a proteção daquilo que lhe dá fundamento, tornando incompressível o seu núcleo essencial.

Por esta razão, eventual preponderância da propriedade em face da moradia exige justificção adequada. A face negativa da moradia impõe um dever de adequada fundamentação das decisões judiciais ou atos administrativos quando o resultado for a compressão, restrição ou mesmo a supressão total do direito ou de seu núcleo essencial. Decisões desta envergadura só poderão ser tomadas à luz do caso concreto, jamais em abstrato. O que não se admite é a fundamentação rasa, baseada exclusivamente na concepção da propriedade com um direito absoluto e de hierarquia superior,

desconsiderando a autonomia, a independência e o valor intrínseco da moradia como direito fundamental.

Ainda em sua projeção negativa, no âmbito de influência recíproca, a moradia ataca a propriedade para diminuir o tamanho de sua estrutura jurídico-civil, com compressão mais ou menos ampla dos poderes de uso, gozo, alienação e reivindicação. Vê-se com relativa naturalidade as hipóteses em que a propriedade comprime, restringe ou suprime o direito fundamental à moradia. A recíproca não é verdadeira, causando espanto e admiração qualquer decisão judicial em que a propriedade seja restringida em prol do direito fundamental à moradia de terceiros não-proprietários.

Embora não seja visto como algo natural, uma das tarefas do alcance não prestacional da moradia reside justamente em realizar a compressão ou mesmo supressão de outros direitos fundamentais (inclusive da propriedade), de modo a fazer que, nas especificidades do caso concreto, a moradia se sobressaia. O nível de restrição e compressão que a moradia impõe à propriedade não pode ser especificado *a priori*. É fluido e depende das peculiaridades de cada caso submetido à análise.

Essas restrições impostas pela moradia à propriedade, na hipótese de divergência de titularidade, estão diretamente relacionadas com a função social. Para tanto, não é necessário pensar a função social como elemento interno ou imanente à moradia ou propriedade.

Como regra geral, se o proprietário se descurou de dar ao imóvel sua função social, conforme as exigências legais e constitucionais - função que foi dada pelo titular do direito à moradia - quanto maior será o nível de compressão e restrição que a moradia exercerá sobre a propriedade. Por outro lado, se o proprietário promovia a função social de seu imóvel, que foi descontinuada pelo possuidor, tanto maior será a compressão que a propriedade exercerá sobre a moradia. De toda forma, como tantas vezes já ressaltado, não existe uma fórmula apriorística que permita saber abstratamente qual direito deverá prevalecer. Os resultados não podem ser deduzidos previamente.

Restaria agora saber como, de que forma e com que intensidade a dignidade da pessoa humana e a função social interferem no direito fundamental à moradia e na sua capacidade de comprimir e ser comprimida pela propriedade. Dos parágrafos anteriores extrai-se que existe uma relação de proporcionalidade entre a função social, moradia e propriedade. Como a técnica da ponderação implica, de certa maneira, no estabelecimento

de uma hierarquização³⁵⁶, de modo a esclarecer qual direito fundamental deva ser garantido ou restringido, segue-se que a função social se transforma em vetor indicativo do interesse preponderante. Além de outras características do caso concreto, a compressão da propriedade ou da moradia fica a depender da maior ou menor efetivação da função social por parte do proprietário ou do morador. Quanto maior o grau de satisfação da função social, tanto maior será a proteção a ser dada a cada titular.

Da mesma forma com que rotineiramente se fala em uma função social da propriedade, poder-se-ia falar em uma *função social da moradia* sem que ambas se confundam. O melhor indicativo de aferição da função social da moradia é o cumprimento das “exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (art. 182, § 2º, CF). Muito embora o atendimento às exigências expressas no plano diretor tenha sido usado pela Constituição como vetor de aferição do cumprimento da função social da propriedade urbana, o mandamento constitucional serve perfeitamente como instrumento de medição, também, da função social da moradia. Aliás, um dos objetivos principais da política urbana estabelecida pela Constituição Federal (Título, VII, Capítulo II), além de promover a concretização do *direito à cidade*, é justamente a implementação de uma política habitacional que permita o acesso de todos a uma moradia digna.

O plano diretor, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (CF, art. 182, § 1º). No entanto, como o seu conteúdo é essencial para a conformação da função social da moradia e da propriedade urbana, por certo que não poderá trair (ao contrário, deverá guardar) as diretrizes da matriz constitucional.

Ou seja, o plano diretor não apresenta autonomia absoluta nessa matéria, pois conforme alerta Henrique Frota, deverá guardar as diretrizes constitucionais que informam a política urbana, como a proteção ao meio ambiente, a moradia digna e combate à especulação imobiliária, dentre outros.³⁵⁷ A par disso, a função social da moradia, independentemente do plano diretor que lhe dê tessitura, haverá de instrumentalizar a dignidade da pessoa humana, da qual é decorrência lógica e natural.

³⁵⁶ SARLET, Ingo. *Op. Cit.* Pág. 36-45.

³⁵⁷ Segundo o autor, “não se pode afirmar, que as leis municipais gozam de liberdade absoluta no que diz respeito ao estabelecimento do conteúdo jurídico da função social da propriedade. É necessário considerar as diretrizes da política urbana, em especial o adequado aproveitamento do solo, o atendimento às demandas sociais por moradia digna, a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o combate à especulação imobiliária e a correção das distorções do crescimento urbano”. FROTA, Henrique Botelho. *A função social da posse como parâmetro para tratamento dos conflitos fundiários urbanos*. Revista FIDES, v. 6, n. 1, pág. 47. Disponível em: <<file:///C:/Users/DOCUMENTOS/Downloads/467-2215-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 jun 2016.

Além do plano diretor, a função social da moradia poderá ser inferida pela maior ou menor conformidade com as leis municipais de postura e com o atendimento às regras que regulam o chamado *direito de construir*. No entanto, moradia que não preenche sua função social não deixa de ser moradia. Igualmente, a moradia *inadequada* não deixa de ser moradia. A simbiose entre dignidade da pessoa humana e função social da moradia deve ser ressaltada. A questão diz respeito a saber se existe moradia digna que não cumpre sua função social e vice-versa.

Poderíamos pensar, por exemplo, em uma casa luxuosa, que atende com sobras os padrões de habitabilidade previstos no Comentário nº 4 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11, § 1º do Pacto), embora construída sobre um manancial de água potável dentro de uma área de preservação permanente, em desacordo com o plano diretor e demais normas de postura municipais. A moradia seria hipoteticamente digna, mas não cumpriria sua função social.

Por outro lado, poderíamos pensar em uma moradia construída em obediência ao plano diretor e demais normas que regulam o direito de construir, mas localizada em área de grande poluição industrial. A moradia cumpriria hipoteticamente sua função social, mas não seria moradia adequada.

Assim, ao menos em tese é possível cotejar-se a hipótese de uma moradia que não cumpre sua função social, embora digna e adequada. Da mesma forma, existem moradias que cumprem sua função social, mas são inadequadas. Daí resulta que moradia inadequada e moradia que não cumpre sua função social são coisas diversas, embora imbricadas.

O que resta analisar diz respeito com o fato de saber se as moradias indignas e inadequadas, ou que não cumprem a sua função social, também são tuteladas, e em que medida, pelo direito fundamental à moradia. Aqui entra a distinção entre a função negativa e a função positiva do direito fundamental.

Em sua dimensão prestacional, o Estado está obrigado não apenas a editar leis que tendam a tornar concreto o acesso da população, em especial de baixa renda, à moradia digna. Ainda em sua dimensão prestacional, porém não normativa, políticas públicas de cunho material também devem ser estabelecidas. Toda a conformação deste direito fundamental deve ser entendido como direito a uma *moradia digna que cumpre sua função social*.

Em sua dimensão negativa (ou dimensão defensiva ou de proibição de intervenção), a moradia, por si só, independentemente de sua inadequação, não deixa de

ser um direito fundamental. Quer isso dizer que o detentor do direito à moradia (ainda que não digna), quer pela eficácia vertical ou horizontal do direito fundamental, tem direito a exigir do poder público e dos particulares uma conduta negativa e de não interferência.

Segundo Vieira de Andrade, a dimensão negativa do direito fundamental protege-o contra todo e qualquer tipo de agressões, quer do Estado ou de particulares.³⁵⁸ Assim, o titular da moradia indigna ou inadequada tem na eficácia prestacional o direito de acesso a condições dignas e adequadas de habitabilidade, devendo o Estado, por intermédio de leis específicas e de políticas públicas, promover a regularização do solo urbano para compatibilizá-lo com as exigências de dignidade habitacional impostas pela Constituição. Portanto, a moradia, ainda que inadequada, está constitucionalmente protegida contra agressões pela dimensão defensiva do direito fundamental, ao mesmo tempo em que seu viés prestacional impõe ao Estado a tomada de providências concretas para torná-la digna e adequada.

Quanto à moradia que não cumpre sua função social, é de se distinguir: ou se considera a função social como um elemento interno e integrante da estrutura constitucional da moradia, ou a consideramos como um elemento externo. Se a função social for tida como elemento imanente, a disfuncionalidade só pode ser vista como uma falha na própria estrutura do direito, que passa a não existir ou a existir com deficiência. Eventuais compressões ou limitações teriam por justificativa o fato de que o ordenamento constitucional desconsidera a situação com um autêntico direito de moradia, não sendo passível de receber a mesma tutela jurídica dispensada às situações contrárias, onde há o cumprimento da função social. A conclusão é que não haveria um autêntico direito à moradia a ser protegido. As eficácias vertical e horizontal estariam seriamente comprometidas, uma vez que o Poder Público e os particulares poderiam exigir a compressão do núcleo essencial do direito sob o fundamento de adequação às exigências da função social.

³⁵⁸ VIEIRA DE ANDRADE. José Carlos. *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2006, pág. 256. Para esse autor, “os preceitos relativos aos direitos fundamentais dirigir-se-iam em primeira linha às relações entre os particulares e os poderes públicos, mas estes, para além do dever de os respeitarem (designadamente de se absterem de os violar) e de criarem as condições necessárias para a sua realização, teriam ainda o dever de os proteger contra quaisquer ameaças, incluindo as que resultam da actuação de outros particulares”. Op. cit. pág. 256. Especificamente sobre a dimensão negativa do direito fundamental à moradia, diz Ingo Sarlet: “o Estado, assim como os particulares, tem o dever jurídico de respeitar e de não afetar a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer medida violadora do direito à moradia é passível de ser impugnada em Juízo” (Op. cit. pág. 29).

Por outro lado, a função social poderia ser vista como um elemento externo e não imanente à moradia. Nesta hipótese específica, a disfuncionalidade não significaria um problema na estrutura constitucional da moradia, que remanesceria intacta. A moradia que não cumpre sua função social seria moradia completa em todos os seus termos, mesmo em sentido constitucional. A ausência de função social seria vista como um dado externo a digladiar com a moradia. As eficácias horizontal e vertical restariam incólumes, muito embora pudessem sofrer restrições e compressões pelos mais variados fatores, como todo e qualquer direito fundamental. A harmonização entre a moradia e a função social seria realizada à luz de cada caso concreto.

Restaria saber se faria mais sentido pensar a função social como um elemento interno à estrutura constitucional da moradia, ou como um elemento externo. Muito embora seja bastante sedutora a tese da imanência (notadamente porque, em princípio, toda estrutura devesse ter uma função), parece que isso, além da pouca utilidade prática, acarretaria consequências indesejáveis.

De mesma forma que o considerar a função social como elemento estrutural da propriedade privada termina por restringir (muitas vezes indevidamente) a extensão e o alcance deste direito fundamental, pensar a função social como elemento imanente da moradia termina por restringir significativamente o objeto de tutela e o seu âmbito de proteção.

De início, a moradia que não cumpre sua função social não seria uma *moradia em sentido constitucional*. Portanto, não seria passível de proteção e tutela. Como a aferição da função social muitas vezes ocorre por critérios nem sempre claros e adequados, posto imperar neste campo diversas normas jurídicas indeterminadas, dá-se que o objeto de tutela do direito à moradia ficaria sujeito à mesma intermitência e fluidez dos fatores de verificação da função social. A tutela constitucional da moradia ficaria a depender do que dissesse a legislação ordinária, que neste domínio é vaga, imprecisa e pouco confiável. Esse elemento de insegurança por si só justificaria o abandono da noção da função social como elemento interno da estrutura constitucional da moradia.

Ao contrário da propriedade, que não possui “elementos naturais” em sua estrutura constitucional, a moradia possui o “lar” como um dado fático (sensível) compondo seu objeto de tutela. O lar é um dado do mundo sensível e não deixa de sê-lo por cumprir ou não sua função social, que é do mundo inteligível. Considerar a função social como elemento integrativo da moradia terminaria por transformar seu objeto de tutela em um dado do mundo inteligível, contrariando a realidade das coisas. Seria

confundir o mundo dos fatos com o mundo das ideias. A moradia constitucional ficaria reduzida a uma abstração apreensível apenas pela inteligência e razão, sem conexão com o fático. Seria puramente jurídica. No entanto, o empirismo aponta que a “casa”, o “lar” e a “moradia” não são meras abstrações, mas fatos apreensíveis pelos nossos sentidos. Existem na natureza, independentemente do cumprimento de qualquer função social.

3.2.3 - Interferências da moradia na teoria jurídica da posse

Tomando o direito à moradia em seu aspecto não prestacional, considerando-a simples fato, como algo já existente, como um dado do mundo sensível, podemos concluir que ela poderá ser adquirida de três maneira básicas:

(1) Por intermédio da realização de um contrato, chamada de *moradia contratual* ou *obrigacional*, obtida, por exemplo, por locação, comodato, arrendamento e outros. Essa categoria congloba, também, a moradia oriunda por contratos de financiamento, hipótese em que, adimplido o contrato, a moradia tornar-se-á *dominial*.

(2) Por meio da aquisição da propriedade, em que teremos a *moradia dominial* ou *real*. Abrange, também, a moradia obtida por meio de direitos reais limitados, com o usufruto, uso e habitação, além daquela adquirida por mecanismos administrativos de concessão ou permissão, como a concessão de uso especial para fins de moradia sobre bens públicos.

(3) Moradia obtida sem contrato e sem qualquer direito real sobre a coisa, a qual chamamos de *moradia fática*, como infelizmente é o caso de parcela significativa da população brasileira que vive em favelas e outros aglomerados urbanos não regularizados.³⁵⁹

Na hipótese (1), o direito fundamental à moradia viabilizou-se graças ao desdobramento da posse, pois o morador ficou com a posse direta, estando a posse indireta com terceira pessoa. Na hipótese (2), a posse pode ter sido desmembrada ou não, mas o essencial é que o morador tem, no mínimo, a posse direta. Pode ou não ter a posse plena. Na hipótese (3), o morador tem a posse, geralmente plena, muito embora sua posse possa ser considerada injusta em relação a um terceiro.³⁶⁰

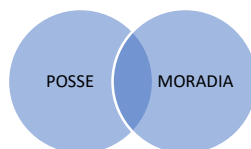
³⁵⁹ A classificação foi realizada por adaptação da constante em FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Direitos Reais. 8 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, vol. 5, pág. 74.

³⁶⁰ Embora não seja objeto desta pesquisa, acreditamos ser plenamente possível a posse de áreas públicas. O STJ tinha entendimento contrário, como demonstram os REsp 1310458-DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 09/05/2013 e REsp 11.83266-PR, Rel. Ministro Teori Zavascki, Dje 18/05/2011. Mais

Isso quer dizer que a posse urbana não enseja necessariamente a moradia. É independente dela. Realmente, nem toda posse urbana é moradia ou vocacionada a ela. A posse existe, independentemente de existir moradia. Mesmo a posse plena não a induz. É o caso, por exemplo, daquele que possui uma casa de veraneio, onde ocasionalmente passa alguns dias do ano. Tem a posse, mas não tem a moradia no local. Entretanto, se tomarmos a moradia como um fato, como um dado do mundo sensível, a recíproca não é verdadeira, pois a moradia é inviável sem a posse. Podemos concluir, então, que não existe *moradia-fato* sem posse. Ter moradia pressupõe ter a posse do local onde se mora.³⁶¹

É claro que o termo “direito à moradia” poderá ser tomado em outra acepção, com por exemplo no plexo de relações e situações oriundas de seu viés prestacional. Porém, na hipótese específica da moradia com um fato, a posse não é um simples pressuposto para a sua obtenção, como se fossem coisas distintas. Tomada nesta acepção, só se tem a moradia de onde se tem a posse. Posse é a própria moradia. Trocando por outras palavras, podemos dizer que *moradia-fato* é uma espécie do gênero posse. Não qualquer posse sobre a coisa, mas uma posse qualificada. A posse é o que viabiliza a moradia. É aquilo que a torna concreta.

Existe, pois, uma zona exclusiva para a posse, uma zona exclusiva para a moradia (tomada aqui como um conjunto mais ou menos amplo de direitos, posições e situações jurídicas que possam ser deduzidas do texto constitucional) e uma zona de interferência recíproca, onde há simbiose e fusão entre os dois institutos. À semelhança do que acontece com a propriedade, podemos representar as interações entre posse e moradia por dois círculos não concêntricos, mas que possuem áreas de intersecção. A área comum é a *moradia-fato*, onde posse e moradia, além de travarem relações de simbiose, fundem-se incindivelmente.



recentemente, o STJ vem admitindo a posse de áreas públicas, com no REsp 1484304- DF, Rel. Ministro Moura Ribeiro, DJe 15/03/2016.

³⁶¹ As únicas hipóteses em que existiria moradia sem existir posse ficam por conta da (a) moradia do fãmulu da posse (CC, art. 1198), (b) daquele que conservar a coisas por mera permissão ou tolerância (CC, art. 1208), ou (c) daquele que detém a coisa em situação de violência ou clandestinidade, enquanto não houver a convalidação da posse (CC, art. 1208).

Ter moradia, pois, é ter a posse de onde se mora. Nesta acepção, moradia é poder fático, pois moradia é posse. Como fato, integra o suporte fático da norma constitucional que a tornou direito. Extrai-se daqui a diferença entre a *moradia-fato* e a *moradia direito*, ambas sujeitas à tutela constitucional.

Seguindo o raciocínio, *moradia* e *direito à moradia* são coisas distintas. *Direito à moradia* é direito fundamental constitucionalmente assegurado, de onde derivam ampla gama de situações e posição jurídicas, inclusive o chamado *direito de acesso*. O termo quer evidenciar, principalmente, a *garantia institucional* derivada da estrutura constitucional deste direito fundamental, bem como seu viés prestacional. *Moradia*, por sua vez, é uma espécie qualificada de posse. É fato, e não direito. Contudo, é um fato que está contido dentro da estrutura constitucional do direito, em especial na dimensão subjetivo-negativa, conforme já exposto.

A *moradia-fato*, portanto, também está açambarcada pela tutela constitucional dispensada à moradia. A noção de que a *moradia-fato* é uma espécie de posse qualificada implica algumas consequências, todas elas derivadas desta categorização.

A primeira delas é a de que, embora relação fática, a *moradia-fato* não é relação entre homem e coisa, mas relação inter-humana. A tutela constitucional não vai proteger uma relação de tença de um homem para com um imóvel, mas sim uma relação inter-humana que tem por objeto uma coisa. É o espaço de consenso social pela qual foi dado a um homem o poder de desfrutar de um determinado local que lhe sirva de abrigo. Mais uma vez - é bom que se frise - moradia não é uma relação entre um homem e uma coisa, mas uma relação entre homens, mesmo sem ser ainda uma relação jurídica.

Em sentido jurídico, isso exclui, de plano, que animais possam ter moradia, como permite, ao mesmo tempo, que não se possa falar em *moradia-fato* onde não se possa falar em posse. O mendigo que “mora” embaixo da ponte não tem ali sua moradia pelo simples fato de não ter a posse da ponte. De maneira oposta, aqueles que edificam em área ocupada têm moradia, pois possuem posse plena ou limitada de onde moram.

A segunda consequência diz respeito a que a *moradia-fato* continua como simples fato, sem interesse para o mundo jurídico, enquanto não houver uma violação à paz social e principalmente à dignidade da pessoa do morador, consubstanciada por uma agressão à *moradia-fato* como relação inter-humana. No plano da proteção jurídico-civil, só faz sentido pensar a moradia como um direito na hipótese em que haja uma violação à

conservação do fático, muito embora a proteção à *moradia-fato* já ocorra no plano constitucional, por sua dimensão não-prestacional.

Isso quer dizer que a tutela da *moradia-fato* só pode ser vindicada quando e se houver ameaça ou ofensa a ela, por particulares ou pelo Estado. A ofensa à *moradia-fato* é ofensa não apenas à paz social ou ao princípio da conservação do fático, como seria no caso de existir a posse simples, mas principalmente uma ofensa à dignidade humana da pessoa do morador. É essa ameaça ou ofensa à dignidade da pessoa humana do morador que transforma a moradia-fato, que até aquele momento era simples fato, em um direito à proteção.

No plano jurídico-civil, ou mesmo no plano constitucional, discutir se a *moradia-fato* é fato ou direito significa confundir a moradia que é simples fato com a moradia que se tornou suporte fático de regras e princípios. É confundir o antes e o depois da incidência. Neste campo, o problema é de todo semelhante ao que ocorre com a posse (ver item 1.2.2).

No plano constitucional, dizer que a *moradia-fato* já é direito, uma vez que protegida pelo art. 6º, 5º figura, significa ignorar a complexidade de sua estrutura constitucional, que protege uma gama mais ou menos extensa de situações e posições jurídicas. Tomado em acepção constitucional, o suporte fático da moradia não é único. Quando se fala em moradia como direito prestacional ou não prestacional, cada qual destas situações possui um objeto de tutela e um âmbito de proteção específicos, no que resulta em suportes fáticos também diferentes para cada caso. Como imperativo de tutela negativo, não faria sentido proteger a moradia contra uma agressão ou ameaça que não existe. É fato e como fato continua. O direito à proteção constitucional só nasce quando a *moradia-fato* sofre ameaça ou ofensa. Dizer que a moradia é um direito constitucional, é referir-se ao seu viés prestacional, dentre outras coisas.

Como garantia de instituição, ou sob o viés prestacional, a moradia não é fato e, pois, não pode ser categorizada como posse. Sua natureza principiológica a coloca como “um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência”, para utilizarmos as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello.³⁶²

³⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 451.

O que há de relevante diz respeito com a modificação da justificativa que fundamenta a proteção. Ao invés de se proteger a paz social ou o princípio da conservação do fático (*quietas non movere*), protege-se a dignidade da pessoa humana dos moradores. No plano jurídico, as áreas de intersecção entre posse e moradia restringem-se à *moradia-fato*, uma vez que a moradia como garantia institucional, bem como seu viés prestacional, dado seu caráter principiológico, não dizem respeito e não pressupõem qualquer contato com o instituto da posse.

Cabe agora analisar se a teoria da posse, reconhecidamente concebida, urdida e arquitetada sem qualquer preocupação com o direito fundamental à moradia (*moradia-fato*), pode ser simplesmente transplantada para este novo fenômeno da vida jurídica sem qualquer análise crítica. A preocupação não deixa de ter fundamento, pois o mote que inspirou a teoria possessória foi a estrutura fundiária do século XIX. Realmente, toda a teoria da posse foi elaborada dentro de um contexto em que a moradia não recebia a devida atenção do ordenamento jurídico, muito menos era considerada direito fundamental, com envergadura constitucional. Sob esta ótica, percebe-se que a teoria da posse necessita de atualização e harmonização para que não fique dissociada da comunidade de princípios, direitos e garantias implementados pela Constituição, na qual a posse e sua teoria também são parte integrante.

Como regra, se *moradia-fato* é posse, tudo o que diz respeito à posse deveria ser-lhe aplicado. No entanto, o vetusto instituto ficaria em descompasso com as modernas exigências impostas pela necessidade de concretização da moradia. A primeira interferência digna de nota diz respeito ao seu fundamento, conforme já ressaltado. Como já explicitado ao longo de todo o item 1.1, Savigny, Ihering e os que lhes seguiram, digladiaram-se em torno do fundamento da proteção possessória, ora entendendo que se tratava da necessidade de pacificação social, da conservação do fático, da proteção à propriedade privada ou outros.

Embora a *moradia-fato* seja posse, infere-se que o fundamento de sua proteção não reside nos fundamentos ordinários que justificam a proteção possessória. O estreitamento entre a posse a moradia faz com que os fundamentos justificadores da primeira sejam estendidos à segunda. Na *moradia-fato*, a posse tem como justificativa a necessidade de promoção da dignidade da pessoa humana. A moradia eleva o estreitamento entre posse e dignidade a um nível tal que aquela passa a retirar seu fundamento de legitimidade diretamente desta. Isso não é sem consequências práticas.

Em relação à segunda interferência, a teoria da posse dita que eventuais embates possessórios devam ser resolvidos em favor de quem tenha a melhor posse. Considera-se melhor posse aquela que for justa em relação ao seu oponente, cuja posse é injusta (violenta, clandestina e precária). Tal metodologia de resolução das demandas possessórias não há de ser aplicada quando uma das posses for a *moradia-fato*.

Como a *moradia-fato* retira seu fundamento de validade diretamente da dignidade da pessoa humana, está situada em um patamar axiologicamente superior se confrontada com as demais espécies de posse, cujo fundamento legitimador de sua proteção é complementemente diferente. No campo exclusivo da teoria, sem levar em consideração as peculiaridades de um caso concreto, a *moradia-fato*, entendida como uma categoria especial, sempre teria precedência em relação às demais espécies de posse em caso de embates e confrontos. Numa terceira influência decorrente desta simbiose, a moradia afasta a aplicação de alguns institutos tradicionais da teoria da posse.

A noção de posse injusta, por exemplo, é de todo incompatível com a *moradia-fato*. Servindo aos auspícios de concretização da dignidade humana, a origem desta posse passa a ser dado de somenos importância. A envergadura de sua função constitucional purifica eventuais desconformidades de origem ditadas pelo ordenamento infraconstitucional. Neste caso específico, o ordenamento inferior não poderia macular a justiça de uma situação fática que decorre diretamente do texto constitucional. Assim, não existe *moradia-fato* injusta, sendo impossível à ordenação jurídico-civil imputar-lhe vícios de clandestinidade, violência ou precariedade. Esse tipo de posse é sempre justa, independentemente da origem.

Dando seguimento ao que foi exposto, extrai-se que a metodologia proposta pela teoria da posse para a resolução dos conflitos possessórios é de todo imprestável para solucionar embates que envolvam a *moradia-fato*. Como já ressaltado, a estatura constitucional da *moradia-fato* e a sua direta ligação com a dignidade da pessoa humana não permitem que seja taxada como injusta pelo ordenamento infraconstitucional, além de estar em patamar superior se comparada às demais posses reconhecidas pelo direito civil clássico. Como a *moradia-fato* não pode ser classificada como posse injusta, segue-se que a metodologia convencional de solução das demandas possessórias é-lhe inaplicável. Desta forma, seria ilegítimo e inadequado socorrer-se da teoria jurídico-civil da posse como instrumento de fundamentação de eventual compressão ou restrição imposta a este direito fundamental.

Outra simbiose digna de nota diz respeito à reinterpretação da *accessio possessionis*. Tida como instituto que se aplica indistintamente a qualquer situação possessória, para a efetivação de transmissão a título singular (*inter vivos* ou *causa mortis*), é de todo incompatível com a natureza constitucional da *moradia-fato*. Se levamos em consideração que a *accessio possessionis* só possui relevância para a usucapião e para a transmissão ou não de vícios, o caráter personalíssimo da *moradia-fato* repele sua incidência.

Nas hipóteses em que o ordenamento jurídico prevê a *moradia-fato* como elemento do suporte fático da usucapião, não há que se admitir a possibilidade de *accessio possessionis* por absoluta incompatibilidade. É o caso da usucapião extraordinária de prazo reduzido (CC, art. 1.238, parágrafo único), da usucapião ordinária de prazo reduzido (CC, art. 1.242, parágrafo único), da usucapião constitucional urbana (CF, art. 183; CC, art. 1.240) e rural (CF, art. 191; CC, art. 1.239; Lei nº 6.969/81; Lei nº 10.257/2001, art. 9º), da usucapião coletiva (Lei nº 10.257/2001, art. 10) e da usucapião pró-família (CC, art. 1.240-A).

Isso deriva não somente do caráter personalíssimo da *moradia-fato*, mas também de sua incorruptibilidade em face de situações possessórias anteriores. Isso nos leva à conclusão segundo a qual a *moradia-fato* é sempre aquisição possessória originária, ainda que, à luz das normas ordinárias de direito civil, devesse possuir algum nível de ligação com a posse anterior. Desta feita, do ponto de vista que decorre da estrutura constitucional do direito fundamental à moradia, a *moradia-fato* é sempre posse originária. Foi nesse sentido que a VI Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, editou o Enunciado nº 317, pela qual entendeu inaplicável a *accessio possessionis* à usucapião constitucional urbana e rural, raciocínio que também tem validade para as demais hipóteses em que a *moradia-fato* seja suporte fático da usucapião.

Questão interessante é saber se a moradia provoca interferências no conceito da posse *ad usucapionem*. Conforme explicado (item 1.2.2), posse *ad usucapionem* não é a posse *como sua*, com a intenção de dono, mas sim a posse que corresponda ao poder jurídico da qual seria titular o proprietário. Esse conceito de posse *ad usucapionem*, decorrente da teoria da posse como poder fático, impede que haja usucapião da *moradia contratual*, pois nestes casos o morador não detém a posse que corresponda à posse do proprietário.

A questão de saber se a *moradia-fato*, que teve por origem um contrato, é ou não posse *ad usucapionem*, pode ser colocada em termos *a priori*. De início, não é possível

deduzir que o sentido constitucional da moradia houvesse modificado o conceito de posse *ad usucapionem*, pois isso atentaria contra o acesso à moradia, que não se faz exclusivamente pela propriedade. Com efeito, se toda a *moradia-fato contratual* fosse posse *ad usucapionem*, isso resultaria que os proprietários dificilmente cederiam a moradia por contrato. Haveria não apenas em um déficit na oferta de moradias, provenientes da inviabilidade de contratos de longo prazo, com também teríamos o risco de extinção do próprio contrato de locação de imóveis, com evidentes prejuízos para toda a sociedade.

Em resumo, conclui-se que a força normativa do direito fundamental à moradia exerce significativa interferência na teoria jurídica da posse.

CONCLUSÃO

Para que fosse alcançado o escopo desta dissertação, realizou-se a análise das principais teorias existentes no ordenamento jurídico que, de uma forma ou de outra, tentam explicar o fenômeno da posse e os seus desdobramentos. O recorte histórico começa com o denominado *período teorizante*.

Savigny escreveu o Tratado da Posse em 1803, lançando sua célebre *teoria subjetiva da posse*. O adjetivo *subjetiva* deveu-se ao fato de Savigny introduzir um elemento intencional como indispensável à caracterização da situação possessória: o *animus*. Além do *corpus*, que seria o elemento material, a posse exigiria o *animus*, que seria o elemento subjetivo/intencional. Mais do que ter a coisa, possuidor é aquele que deseja tê-la. A exigência do *animus* trazia vários inconvenientes, uma vez que, para ele, toda posse deveria ser protegida pelos interditos. O principal problema era deixar de fora do conceito de posse, sem proteção possessória, situações que o tráfego social ditava como merecedoras da tutela, tais como a do credor pignoratício, depositário, comodatário, arrendatário e outros. Era visível, também, a dificuldade da teoria em explicar e admitir o desdobramento da posse. Mesmo com Savigny arquitetando a transferibilidade do *animus*, as falhas eram evidentes.

Evolução natural da teoria subjetiva, a teoria objetiva de Ihering não excluiu o *animus* de seu conceito. O que se deu foi uma modificação no conceito de *animus*, que passou a ser o comportamento visível do proprietário ou comportamento *como* de proprietário.³⁶³ Para Ihering, a posse era a exteriorização da propriedade. Em suas palavras, “*posse não é poder físico, e sim a exteriorização da propriedade*”.³⁶⁴ A falha na teoria de Ihering está relacionada a sua inconsistência com a teoria do fato jurídico. Ihering deu-se conta de que a regra jurídica poderia pré-excluir a entrada no mundo jurídico de determinadas situações que poderiam ser suportes fáticos possessórios. Entretanto, isso não necessariamente levaria à conclusão de que os fatos pré-excluídos deveriam ser detenção.

No direito brasileiro, muito embora a quase totalidade dos doutrinadores encampe a ideia de termos adotado a teoria objetiva da posse (com exceção de Pontes de Miranda), a pesquisa levou à conclusão de que não seguimos nem Ihering e muito menos

³⁶³ Cf. FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág. 9.

³⁶⁴ IHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. 2 ed. Tradução de Pinto de Aguiar. Bauru: Edipro, 2002, pág. 56.

Savigny. A análise histórica da codificação civil de 1916 demonstra que, nessa matéria, o projeto de Clóvis Beviláqua foi substancialmente modificado. Desta forma, mais acertado é dizer que o Brasil adotou a teoria do poder fático, muito combatida por Ihering na Alemanha. *Animus* e *corpus* não integram o conceito jurídico da posse.

Não se pode confundir *poder fático* com *poder de fato*. Poder fático possessório é conceito do mundo jurídico daquilo que se passa no mundo fático entre os homens (relação inter-humana). Quando o poder fático decorrente do livre arbítrio corresponde (ou seja, é igual) a qualquer dos poderes jurídicos inerentes à propriedade, teremos a posse. Daí a assertiva segundo a qual posse é poder fático correspondente a poder jurídico, e não poder jurídico. Toda posse é poder fático, mas nem todo poder fático é posse. Só é posse o poder fático que corresponda a alguns dos poderes jurídicos que o ordenamento jurídico outorgou ao proprietário. Esse é o conceito de posse que, segundo nossa pesquisa, foi adotado no Brasil. Afastando-se do *animus* e do *corpus* e ficando apenas com o *poder fático*, a simplicidade da teoria brasileira teve o mérito de solucionar a contento as mais intrincadas controvérsias nesse tipo de matéria.

Olhando o problema da posse por outra perspectiva, ficou demonstrado que a finalidade interna da teoria foi a viabilização da *tutela de evidência*. Tal escopo foi alcançado por intermédio da *superficialização da cognição vertical* e por *limitações à cognição horizontal*. A teoria, tornando a posse um fato evidente, permitiu que essa *evidência de conformidade com o direito* fosse tutelada de maneira diferenciada pelo ordenamento jurídico. Na técnica da cognição sumária, limitadora da cognição vertical, o que há de especial diz respeito à *superficialização da cognição exauriente*. Com ela, o mérito da demanda resumiu-se à verificação da *melhor posse em face de outrem*, ou seja, o processo possessório reduziu-se à *verificação probatória de quem tem a posse justa ou injusta em face de outrem*. A teoria ensejou que uma análise probatória rasa viabilizasse uma cognição exauriente.

No que diz respeito à finalidade extrínseca, a teoria serviu para inserir a posse no modo de produção capitalista, transformando-a em mercadoria. O sucesso da Lei de Terras (Lei nº 601/1850) nesse sentido foi relativo. Como não foi possível a eliminação da posse, com sua conversão em propriedade titulada, era necessário transformá-la em bem jurídico passível de proteção, outorgando-lhe segurança jurídica. Tudo isso foi providenciado pela teoria da posse, que tornou viável a tutela de evidência necessária à proteção jurídica, realizada por intermédio dos interditos. Por outro lado, se é certo que a concentração fundiária é um fenômeno extremamente complexo (que não pode ser

explicado por um único fator), também é certo que a teoria contribuiu para a perpetuação dessa situação de desigualdade.

Quanto às conclusões extraíveis do segundo capítulo, podemos dizer que o conceito de propriedade, ao menos para as civilizações ocidentais, sofreu, ao longo da história, a influência de fatores familiares, religioso e principalmente econômicos, relacionados à forma como os homens suprem suas necessidades de subsistência e, mais tarde, relacionados à forma como organizaram o modo de produção.

Podemos dizer que a ideia de propriedade como direito absoluto possui embrião romano. Foi desenvolvida no período clássico, retrocedida no período pós-clássico, e retomada no período bizantino. Na propriedade feudal, baseada no sistema de vassalagem, nada mais natural que houvesse uma modificação em sua estrutura, que ficou caracterizada por uma excessiva fragmentariedade.

Com a falência do modo de produção feudal, a propriedade privada foi refundada como um produto do liberalismo. A revolução francesa teve o mérito de libertar a propriedade dos encargos feudais que a oneravam. Quanto ao Brasil, na época adotava-se o capitalismo do tipo patrimonialista.

Nas Constituições modernas, a propriedade privada é reconhecidamente um direito fundamental, passando a gozar do chamado *regime jurídico de fundamentalidade*, que lhe proporciona supremacia normativa, “defensabilidade” em toda a estrutura do Poder Judiciário e sua transformação em bússola para o controle judicial de constitucionalidade. No plano da positivação jurídico-civil, o Brasil foi levado pela onda de difusão do modelo francês, guiado pelo enorme prestígio gozado pelo Código de Napoleão. No entanto, terminou por absorver, também, os influxos da matriz alemão, consubstanciada no BGB.

Durante a pesquisa concluiu-se, também, que a tarefa da conformação constitucional da propriedade privada passa por um tríplice problema: (1) a propriedade não é uma dimensão do mundo natural ou da pessoa humana; (2) o reconhecimento da propriedade significa redução da liberdade dos não proprietários; (3) como envolve restrições impostas à coletividade, a propriedade privada exige legitimação democrática.³⁶⁵ Infelizmente, passados quase quarenta anos da promulgação da Constituição, o STF ainda não se desincumbiu da tarefa de ditar o limites e contornos da propriedade constitucional.

³⁶⁵ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 903/904.

Por outro lado, as teorias que tentaram enxergar na propriedade constitucional elementos de índole “natural”, tais como a teoria da proibição jurídica, de Ulrich Hösch, e a teoria do modelo do domínio, de Oliver Lepsius, não se mostraram satisfatórias. Uma afinidade substancial determinou o fracasso de ambas: procuravam identificar a proteção constitucional da propriedade no objeto sobre a qual recairia a propriedade, e não na propriedade em si.³⁶⁶

Grosso modo, podemos dizer que a Constituição Federal consagra uma dupla garantia para a propriedade, assegurando-a como instituição (garantia objetiva) e também como direito individual (garantia subjetiva). A garantia institucional da propriedade privada garante a existência de um regramento mínimo para o instituto. Dirige-se exclusivamente ao legislador, que além de não poder erradicá-la do ordenamento, deverá preservar sua funcionalidade dentro do sistema. A garantia subjetiva, dirigida aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, protege as posições jurídico-patrimoniais do cidadão.³⁶⁷ É essencialmente um direito de defesa contra o Estado, possuindo cunho negativo.

O fundamento basilar para o reconhecimento da propriedade como direito fundamental relaciona-se à necessidade de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade para a condução responsável do destino material de sua existência. Para isso, é necessário que a *utilização privada* e do *poder de disposição* estejam inseridos na estrutura constitucional da propriedade, sem o que o fundamento de justificação deste direito fundamental seria letra morta. A utilização privada e o poder de disposição entrariam como elementos estruturais da propriedade constitucional porque sem eles seria inviável a existência do espaço de liberdade patrimonial necessário à realização responsável da própria existência.

A teoria de Günter Düring, que dentre outras coisas procura justificar a inclusão de algumas situações patrimoniais de direito público no âmbito de proteção da propriedade constitucional, não pode ser aceita. Essa teoria deixaria de fora do âmbito de proteção situações patrimoniais de direito privado que deveriam estar incluídas, como no caso dos bens adquiridos sem um esforço ou trabalho próprio de seu titular, ou como compensação por um sacrifício. Os bens privados adquiridos por herança ou loteria, por exemplo, ficariam de fora da tutela constitucional. Isso quer dizer que o modo de

³⁶⁶ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 903.

³⁶⁷ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*. 4 ed. Lisboa: Almedina, vol. I, 2012, pág. 799/802.

aquisição não é constitucionalmente relevante para a delimitação do âmbito de proteção.³⁶⁸ Como se isso não bastasse, os direitos, posições e situações jurídicas de direito público não estão garantidos pela propriedade constitucional, e nem teria sentido prático que assim fosse. Antes, a defesa de tais situações jurídicas dá-se com base na dignidade da pessoa humana, na igualdade e nos princípios motrizes do Estado Social (direito à saúde, educação, à assistência social etc.).³⁶⁹

A teoria italiana da propriedade constitucional parte do pressuposto de que os direitos fundamentais têm eficácia irrestrita e imediata às relações jurídicas de direito privado. Isso conduziria ao fenômeno denominado de *constitucionalização do Direito Civil*, proposta segundo a qual todos os institutos do Direito Civil deveriam sofrer uma releitura e uma reinterpretação à luz do texto constitucional. Nessa perspectiva, o direito de propriedade deve ser funcionalizado para servir de instrumento de concretização dos valores da dignidade da pessoa humana. As situações patrimoniais contidas no direito de propriedade só seriam legítimas se e na medida em que promovessem os valores existenciais do ordenamento.

A função social seria o mecanismo constitucional promotor da “despatrimonialização” da propriedade privada, que passa a ser pensada não como um centro jurídico de satisfação dos interesses patrimoniais, mas como uma ferramenta de concretização do pleno desenvolvimento da pessoa humana e de sua dignidade. Ao contrário do pensamento luso-germânico, o que estaria na base material da propriedade não seria a liberdade para a conformação patrimonial da própria existência, mas sim a função social, agora erigida a fator de legitimidade e razão de ser da propriedade privada. A função social passa ser o elemento justificador da tutela jurídica da propriedade. É o elemento que justifica não apenas a propriedade como instituição, mas também a propriedade como direito subjetivo.

A *propriedade formal*, por não cumprir o requisito constitucional que exige o cumprimento da função social, não seria verdadeiramente uma propriedade. A *propriedade material*, única e verdadeira propriedade, recebe a tutela jurídica do ordenamento por estar em conformidade com os ditames constitucionais.

O grande problema da visão italiana consiste em não esclarecer qual a estrutura da propriedade constitucional, muito menos o papel desta estrutura para o ordenamento infraconstitucional: qualificar a propriedade jurídico-civil. O modelo simplifica a

³⁶⁸ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 918/919.

³⁶⁹ BRITO, Miguel Nogueira de. *Op. cit.* pág. 919/921.

intricada relação entre a propriedade em sentido constitucional e a propriedade jurídico-civil.

No terceiro capítulo concluiu-se, inicialmente, que a baixa eficácia do direito fundamental à moradia insere-se dentro de um contexto maior de inefetividade de todos os direitos sociais. O direito à moradia, em sendo um direito fundamental constitucionalmente previsto (art. 6º, CF), conforma o ordenamento jurídico como um todo, possuindo dimensão defensiva (proibição de intervenção) e protetiva (imperativo de proteção ou imperativo de tutela). O dever de prestação normativa justa e adequada é a principal vertente de sua eficácia prestacional. No entanto, a dimensão prestacional do direito à moradia não se exaure na edição de atos normativos. A realização de políticas públicas, a cargo do Poder Executivo, é o que viabiliza com maior eficácia os direitos fundamentais que dependem de ações materiais do Estado, como no caso da moradia.

Em sua dimensão negativa, o direito à moradia consagra um dever de abstenção por parte dos três poderes do Estado, bem como dos particulares, de modo a não praticarem atos que venham a lesá-lo. A eficácia negativa não significa dizer que a moradia seja um direito fundamental absoluto, intocável e impassível de restrições.

A estreita vinculação e o nível elevado de articulação entre o direito fundamental à moradia e a dignidade da pessoa humana, que passa a ser o elemento de justificação e a base material deste direito social, permite-nos concluir que a dignidade enche todo o conteúdo da moradia. A relação de complementariedade entre o art. 6º, 5º figura e o art. 1º, III, todos da CF, faz com que o primeiro dispositivo constitucional não possa ser compreendido de outra forma senão como instrumento de concretização do segundo.

Da mesma forma que a propriedade, a estrutura constitucional do direito à moradia pressupõe uma garantia de instituição e uma garantia subjetiva. A garantia de instituição pressupõe *ordens negativas* e *positivas* dirigidas pela Constituição a todos os poderes constituídos. Como *ordens positivas*, a Constituição assegura que deverá existir um conjunto mínimo de leis que estabeleça uma política pública eficiente para a área habitacional. Esse complexo de leis deve formar um *estatuto jurídico da moradia*. Como ordem negativa, a Constituição consagra que o plexo de leis formadoras do estatuto jurídico, bem como a política pública voltada para o setor, não poderão ser extintas ou sofrer retrocessos.

A garantia subjetiva outorga um direito de acesso à moradia, muito embora tal direito não possa ser judicialmente exigível contra o Estado, conforme atual posicionamento do STF. A garantia subjetiva legitima, também, um *direito de*

permanência. Tutela aquilo que se quer ter e aquilo que se tem. A extensão dessa garantia constitucional não é estática e inerte. Ao contrário, é fluida e maleável, moldando-se às peculiaridades de cada caso concreto.

Muito embora não exista um direito constitucional de acesso que derive da estrutura da propriedade privada, existe um direito constitucional de acesso à moradia por intermédio da propriedade. A garantia constitucional individual ou subjetiva, dedutível da estrutura constitucional da moradia, tem como uma de suas consequências o alargamento dos horizontes do direito de propriedade, de maneira a funcionalizá-lo para a concretização da moradia. A interferência, então, não é de mão única: da mesma forma que a moradia modela a estrutura constitucional da propriedade, também é modelada por ela. Se faz parte do conteúdo constitucional da moradia um direito à segurança da posse e se a propriedade é o meio mais seguro e eficaz de garantir essa segurança, segue-se que a moradia deve ser concretizada preferencialmente pela propriedade.

À propriedade que serve de moradia agrega-se, além dos fundamentos clássicos que a justificam, os fundamentos que justificam a própria moradia. A moradia, então, interfere na propriedade de maneira a acrescentar a dignidade da pessoa humana como razão direta de sua legitimação constitucional. Alarga-se, também, seu âmbito de proteção, que passa a ter no lar um de seus elementos.

Quando há diferença de titularidade entre propriedade e moradia, o viés negativo da moradia opõe-se contra eventuais investidas em seu âmbito de proteção feitas pela propriedade. Por esta razão, eventual preponderância da propriedade em face da moradia exige justificação adequada. Essas restrições estão diretamente relacionadas com a função social. Para tanto, não é necessário pensar a função social como elemento interno ou imanente à moradia ou propriedade.

A moradia poderá cumprir ou não sua função social, sem deixar de ser protegida constitucionalmente. Além do mais, dignidade e função social são atributos independentes, que podem ou não qualificá-la.

No tocante às interferências na teoria jurídica da posse, o problema se restringe ao que chamamos de *moradia-fato*, que nada mais é do que uma espécie qualificada de posse. A *moradia-fato* não é relação entre homem e coisa, mas relação inter-humana. A tutela constitucional não vai proteger uma relação de tença de um homem para com um imóvel, mas sim uma relação inter-humana que tem por objeto uma coisa.

Outra consequência diz respeito a que a *moradia-fato* continua como simples fato, sem interesse para o mundo jurídico, enquanto não houver uma violação à paz social

e principalmente à dignidade da pessoa do morador, consubstanciada por uma agressão à *moradia-fato* como relação inter-humana. Há modificação na justificativa que fundamenta a proteção. Ao invés de se proteger a paz social ou o princípio da conservação do fático (*quietas non movere*), protege-se a dignidade da pessoa humana dos moradores. A moradia eleva o estreitamento entre posse e dignidade a um nível tal que aquela passa a ser o fundamento de legitimidade diretamente desta.

Pôde-se concluir, também que a moradia afasta a aplicação de alguns institutos tradicionais da teoria da posse. A noção de posse injusta, por exemplo, é de todo incompatível com a *moradia-fato*. A envergadura da missão constitucional outorgada à moradia purifica eventuais desconformidades de origem ditadas pelo ordenamento infraconstitucional. Neste caso específico, o ordenamento inferior não poderia macular a justiça de uma situação fática que decorre diretamente do texto constitucional. Assim, não existe *moradia-fato* injusta, sendo impossível à ordenação jurídico-civil imputar-lhe vícios de clandestinidade, violência ou precariedade.

Quanto à *accessio possessionis*, é de todo incompatível com a natureza constitucional da *moradia-fato*. Se levarmos em consideração que a *accessio possessionis* só possui relevância para a usucapião e para a transmissão ou não de vícios, o caráter personalíssimo da *moradia-fato* repele sua incidência. Isso deriva não somente do caráter personalíssimo da *moradia-fato*, mas também de sua incorruptibilidade em face de situações possessórias anteriores. Isso nos leva à conclusão segundo a qual a *moradia-fato* é sempre aquisição possessória originária.

Feitas tais considerações, a pesquisa, ao nosso ver, conseguiu demonstrar e comprovar a hipótese: o direito fundamental à moradia possui força normativa suficiente para interferir tanto na estrutura constitucional da propriedade privada como também na teoria jurídica da posse, muito embora o âmbito e a extensão dessas interferências sejam fluidos e dependentes da análise de cada caso em concreto.

REFERÊNCIAS

ACYPRESTE, Rafael de. *Ações de Reintegração de posse contra o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto: dicotomia entre propriedade e Direito à Moradia*. Dissertação de Mestrado, UnB, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20264/1/2016_RafaelAcypresteMonteiroRocha.pdf>. Acesso em: 15 jun 2016.

ALEMANHA. *GERMAN CIVIL CODE - BGB*. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/>. Acesso em: 15 set de 2016.

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 15 set 2016.

ARGENTINA. *Lei nº 26.994/2014, Aprovada pelo Decreto nº 1.795/2014*. Código Civil y Comercial de la Nación. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley_340_libroIII_tituloII.htm>. Acesso em: 08 set 2016.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Influência do direito francês sobre o direito brasileiro*. Conferência proferida na Universidade de Paris II em 26 de novembro de 1993. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da USP, vol. 89, 1994, págs. 183/194. Disponível em: <<file:///C:/Users/DOCUMENTOS/Downloads/67243-88656-1-PB.pdf>>. Acesso em: 17 nov 2016.

BARBOSA, RUI. *Posse de direitos pessoais*. Brasília: Caixa, 2015.

BESSONE, Darcy. *Da posse*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. Vol. I. Brasília: Editora do Senado Federal. Disponível em: <[file:///C:/Users/DOCUMENTOS/Downloads/000667968_V1%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/DOCUMENTOS/Downloads/000667968_V1%20(1).pdf)>. Acesso em: 14 jun 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006*. Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850*. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM737.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Decreto nº 74.965, de 26 de novembro de 1974*. Regulamenta a Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971, que dispõe sobre a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no País ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5709.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 911, de 1 de outubro de 1969*. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994*. Altera Disponível em: <>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 183 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras

providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Lei nº 10.610, de 20 de dezembro de 2002*. Dispõe sobre a participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, conforme o § 4º do art. 222 da Constituição, altera os arts. 38 e 64 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, o § 3º do art. 12 do Decreto-Lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10610.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Lei nº 11.124, de 14 de junho de 2005*. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111124.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007*. Dá nova redação a dispositivos das Leis nºs 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 9.514, de 20 de novembro de 1997, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dos Decretos-Leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, 1.876, de 15 de julho de 1981, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11481.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009*. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Lei nº 5.709, de 07 de outubro de 1971*. Regula a Aquisição de Imóvel Rural por Estrangeiro Residente no País ou Pessoa Jurídica Estrangeira Autorizada a Funcionar no Brasil, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5709.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981*. Dispõe Sobre a Aquisição, Por Usucapião Especial, de Imóveis Rurais, Altera a Redação do § 2º do art. 589 do Código Civil e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6969.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850*. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986*. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990*. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8009.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991*. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993*. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994*. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

BRASIL. *Projecto do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893. Disponível em: <<file:///C:/Users/DOCUMENTOS/Downloads/000006956.pdf>>. Acesso em: 21 set 2016.

BRASIL. *Projeto do Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, pág. 138. Disponível em: <<file:///C:/Users/DOCUMENTOS/Downloads/000010743.pdf>>. Acesso em: 20 set 2016.

BRASIL. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – SDH/PR. *Direito à moradia adequada*. Brasília, 2013, pág. 17. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/promocao-e-defesa/publicacoes-2013/pdfs/direito-a-moradia-adequada>>. Acesso em: 24 jan 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 11.83266-PR, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10.05.2011, Dje 18.05.2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1310458-DF, Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 11.04.2013, Publ. DJe 09.05.2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1484304- DF, Terceira Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 10.03.2016. DJe 15.03.2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Cível Ordinária 312, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02.05.2012, Publ. DJe 054, em 21.13.2013, pp. 01.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 534, Plenário, Rel. Min. Celso de Melo, j. 26.08.1992, Publ. DJ em 08.04.1994, pp. 07240

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4425, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, j. 14.03.2013, Publ. DJe 251, em 18.12.2013, pp. 125.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4357, Plenário, Relator para o acórdão, Min. Luiz Fux, j. 14.03.2013, Publ. DJe 188, em 26.09.2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3710, Plenário, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 09.02.2007, Publ. DJe 004, em 27.04.2007, pp. 57

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1918, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 23.08.2001, Publ. DJ em 01.08.2003, pp. 99.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2448, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 23.04.2003, Publ. DJ em 13.06.2003, pp. 8.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2649, Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 08.05.2008, Publ. DJe 197, em 17.10.2008, pp. 29.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 845, Plenário, Rel. Min. Eros Grau, j. 22.11.2007, Publ. DJe 041, em 07.03.2008, pp. 31

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental do Recurso Extraordinário com Agravo 889971, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 30.06.2015, Publ. DJe em 13.08.2015, pp. 158.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental do Recurso Extraordinário com Agravo 869694, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 26.05.2015, Publ. DJe em 19.06.2015, pp. 118.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental do Recurso Extraordinário com Agravo 914634, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 15.12.2015, Publ. DJe em 26.02.2016, pp. 37

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 526272, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 01.02.2011, Publ. DJe 035, em 22.02.2011, pp. 226.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 195323, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 10.08.1999, Publ. DJ em 10.09.1999, pp. 3.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 802562, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 02.08.2016, Publ. DJe 199, em 19.09.2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 847732, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 24.02.2015, Publ. DJe 45, em 10.03.2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 768082, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 09.04.2014, Publ. DJe 80, em 29.04.2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 534, Plenário, Rel. Min. Celso de Melo, j. 27.06.1991, Publ. DJ 1739, em 08.04.1994, pp. 210

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 487, Plenário, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. 09.05.1991, Publ. DJ em 11.04.1997, pp. 12177.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição 3388, Plenário, Rel. Min. Carlos Britto, j. 19.03.2009, Publ. DJe 181, em 25.09.2009, republicado do DJe 120, em 01.07.2010, pp. 229.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 134297, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Melo, j. 13.06.1995, Publ. DJ em 22.09.1995, pp. 30597.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 235736, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23.03.2000, Publ. DJ em 26.05.2000, pp. 34.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 267817, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 29.10.2002, Publ. DJ em 29.11.2002, pp. 42.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 344270, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 15.10.2002, Publ. DJ em 22.11.2002, pp. 69.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 75455, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Melo, j. 22.10.2013, Publ. DJe 234, em 28.11.2013.

BRITO, Miguel Nogueira. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Lisboa: Almedina, 2008.

CAMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO – CBIC. *Déficit Habitacional no Brasil*. Disponível em: <<http://www.cbicdados.com.br/menu/deficit-habitacional/deficit-habitacional-no-brasil>>. Acesso em: 13 nov 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4 ed. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

_____. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso em: 25 out 2016.

CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*. 4 ed. Lisboa: Almedina, vol. I, 2012,

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. E-book. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>>. Acesso em: 25 out 2016.

CRETELA JÚNIOR, José. *Direito Romano Moderno*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de José Silveira Paes. 5 ed. São Paulo: Global, 1984.

ESPANHA. *Real Decreto de 24 de julio de 1889*. Código civil espanhol. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.htm>>. Acesso em: 15 set 2016.

FACCHINI NETO, Eugênio. *Code civil francês. Gênese e difusão de um modelo*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 50, nº 198, abril/jun 2013, págs. 59/88. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496956/000983388.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 nov 2016.

FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Direitos Reais. 8 ed. Salvador: Podivm, vol. 5. 2012.

FRANÇA. *Código Civil*. Disponível em: <[file:///C:/Users/DOCUMENTOS/Downloads/Code_41%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/DOCUMENTOS/Downloads/Code_41%20(5).pdf)>. Acesso em: 15 set 2016.

FROTA, Henrique Botelho. *A função social da posse como parâmetro para tratamento dos conflitos fundiários urbanos*. Revista FIDES, v. 6, n. 1, pág. 47. Disponível em: <<file:///C:/Users/DOCUMENTOS/Downloads/467-2215-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 jun 2016.

FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. *Políticas permanentes de habitação*. A importância do programa Minha Casa Minha Vida. Disponível em: <http://www.cbic.org.br/sites/default/files/Estudo%20FGV%20-%20MCMV_0.pdf>. Acesso em: 13 nov 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JÚNIOR, Zumar Duarte de. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença. Comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016.

GASSEN, Valcir (org). *Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira*. Brasília: Consulex, 2012.

GASSEN, Valcir. *A lei de terras de 1850 e o direito de propriedade*. Dissertação de mestrado. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/76176/96758.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 03 out 2016.

GAWRYSZEWSKI, Alberto. *A crise habitacional e o Estado na construção de moradias na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: *Revista de História Regional*, Vol. 7, tomo I, pág. 03.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 4 ed. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, vol. V, 2009.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *Usucapião quarentenária sobre terras do Estado: fundamentos jurídicos, atualidade e repercussão na questão agrária brasileira*. Dissertação apresentada ao programa de mestrado da UFGO, págs. 35/74. Disponível em: <[https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/USUCAPI%C3%83O_QUARENTEN%C3%81IA_SOBRE_TERRAS_DO_ESTADO_-_Disserta%C3%A7%C3%A3o_-_Texto_Final_Revisto_-_Cl%C3%A1udio_Grande_J%C3%BAnior_\(1\).pdf](https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/USUCAPI%C3%83O_QUARENTEN%C3%81IA_SOBRE_TERRAS_DO_ESTADO_-_Disserta%C3%A7%C3%A3o_-_Texto_Final_Revisto_-_Cl%C3%A1udio_Grande_J%C3%BAnior_(1).pdf)>. Acesso em: 06 out 2016.

GUIMARÃES, Alberto Passos. *A crise agrária*. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *El costo de los derecho*. Por que la libertad depende de los impuestos. Tradução do inglês para espanhol de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Beintiuno Editores, 2011

IGREJA CATÓLICA. Papa João XXIII. Carta enclílica *Mater et Magistra*. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html>. Acesso em: 28 dez 2016.

IHERING, Rudolf von. *Sul fondamento della protezione del possesso*. Tradução do alemão para o italiano de F. Forlani. Milano: Francesco Vallardi, 1872. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=6gMLOneHp_AC&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt_BR&pg=GBS.PR3>. Acesso em: 18 set 2016.

_____. *Teoria Simplificada da Posse*. 2 ed. Tradução de Pinto de Aguiar. Bauru: Edipro, 2002, pág. 56.

ITÁLIA. *R. D. 16 marzo 1942, n° 262*. Codice Civile. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em: 15 set 2016.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos Costumes*. A doutrina do Direito e a doutrina da Virtude. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003

KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Tradução de Samuel Rodrigues Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneo*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

LIMA, Ruy Cirne. *Pequena história territorial do Brasil. Sesmarias e terras devolutas*. Fac-símile da 4ª edição. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro, Renovar, 2013, pág. 42/46.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11 ed. São Paulo: RT, 2009.

MATTOS, Samuel da Silva. *Notas sobre a natureza e espécies de propriedade*. Revista Sequencia – Estudos Jurídicos e Políticos. UFSC, V. 22, n° 43, págs. 89/119

MEIRA, Sílvio. *Clóvis Beviláqua. Sua vida. Sua obra*. Fortaleza: Editora da Universidade Federal do Ceará, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato Jurídico*. Plano da Existência. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, João Augusto Ribeiro. *Conceito de propriedade*. Florianópolis, 1994. Dissertação de mestrado. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106391/96958.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 4 nov 2016.

NAZARÉ, Paulo Emílio Dantas. *O Acesso à propriedade imobiliária na perspectiva do direitos civil-constitucional*. Dissertação de mestrado apresentado ao programa de pós-graduação da UnB, pág. 45/53. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22079/1/2016_PauloEm%C3%ADlioDantasNazar%C3%A9.pdf>. Acesso em: 6 jan 2017.

NÓBREGA, Vandick Londres da. *História e Sistema do Direito Privado Romano*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra as maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. COMITÊ SOBRE OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. *Comentário Geral nº 4*. Direito à moradia adequada. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/PAGINA2-1-dir-econ.html>>. Acesso em: 24 jan 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. COMITÊ SOBRE OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. *Comentário Geral nº 7*. Despejo forçado. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/PAGINA2-1-dir-econ.html>>. Acesso em: 24 jan 2017.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. Vol. I. Obra fac-similar. Brasília: Editora do Senado Federal, 2004. Disponível em: <[file:///C:/Users/DOCUMENTOS/Downloads/000710349_V1%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/DOCUMENTOS/Downloads/000710349_V1%20(5).pdf)>. Acesso em: 12 set 2016.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cistina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PETIT, Eugène. *Tratado elemental de derecho romano*. Tradução do francês para o espanhol de José Fernandes Gonzales. Buenos Aires: Editorial Albatros, sem data.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIKETTY, Thomas. *O capital do século XXI*. E-pub. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Tratado das ações*. Tomo VI. São Paulo: RT, 1976.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Júnior. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VI. Atualizado por Otávio Luiz Rodrigues Júnior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo X. Atualizado por Luiz Edson Fachin. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XI. Atualizado por Luiz Edson Fachin. São Paulo: Saraiva, 2012.

PONTES. Tito Lívio. *Da Posse*. 2 ed. São Paulo: Leud, 1978.

PORTAL BRASIL. *Ministro das Cidades garante que Minha Casa Minha Vida será mantido*. Publicado em 02/06/2016. Disponível em: <Erro! A referência de hiperlink não é válida.>. Acesso em: 17 jan 2017.

PORTUGAL. Decreto-Lei 47.344, de 25 de novembro de 1966. Código Civil. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf>. Acesso em: 08 set 2016.

PORTUGAL. *Decreto-Lei nº 47.433, de 25 de novembro de 1996*. Código Civil Português. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf>. Acesso em: 15 set 2016.

PORTUGAL-BRASIL. *Ordenações Filipinas*. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 15 set 2016.

PRADO JÚNIOR, Caio. *A revolução brasileira. A questão agrária no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

RECIFE. *Lei Municipal nº 18.176, de 29 de agosto de 2015*. Dispõe sobre a operação, administração ou uso de softwar e aplicativo destinado à oferta, contratação e intermediação de serviço individual de transporte de passageiro no Município do Recife. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/pe/r/recife/lei-ordinaria/2015/1818/18176/lei-ordinaria-n-18176-2015-dispoe-sobre-a-operacao-administracao-ou-uso-de-software-aplicativo-destinado-a-oferta-contratacao-ou-intermediacao-de-servico-individual-de-transporte-de-passageiro-no-municipio-do-recife?q=18.176>>. Acesso em: 17 jan 2017.

RIO DE JANEIRO (Município). *Lei Municipal nº 6.106/16, de 25 de novembro de 2016*. Dispõe sobre a proibição do uso de carros particulares para o transporte remunerado de pessoas no Município do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=332302>>. Acesso em: 15 set 2016.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX*. São Paulo: RT, v. 938. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/A-Influ%C3%AAncia-do-BGB-e-da-Doutrina-Alem%C3%A3-no-Direito-Civil-Brasileiro-do-%C3%A9culo-XX.pdf>>. Acesso em: 17 out 2016.

SALGADO, Gisele Mascarelli. *Discussões Legislativas do Código Civil: uma revisão historiográfica*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10972>. Acesso em: 22 set 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de Seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia*. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, pág. 05. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-20-dezembro-2009-ingo-sarlet.pdf>>. Acesso em: 13 jun 2016.

_____. *Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana, e direitos sociais: manifestação de uma constitucionalismo dirigente possível*. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, pág. 10. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 08 fev 2017.

SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (org). *Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*. Salvador: Podivm, 2011.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Il Diritto del Possesso. Trattato Civile*. Tradução para o italiano de Pietro Conticini. Napoli: Francesco Mais. 1840. Disponível em: https://play.google.com/books/reader?id=MXM63f2ENZEC&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt_BR&pg=GBS.PA1. Acesso em: 18 set 2016.

SCHLEE, Paula Chistine. *Política e globalização econômica: o relacionamento Estado-empresas transnacionais*. In: CAUBET, Christian (org). *A força e o direito nas relações internacionais: as repolarizações do mundo*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Tradução do inglês para o espanhol de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960.

SIMONSEN, Roberto Cochrane. *História econômica do Brasil. 1500-1820*. 4 ed. Brasília: Editora do Senado Federal, 2005, pág. 40. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1111/749413.pdf?sequence=4>>.
Acesso em: 03 nov 2016.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. A incorporação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. Rio de Janeiro: Renovar, tomo III, 2009.

URUGUAI. *Código Civil*. Disponível em: <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/uy/uy029es.pdf>>. Acesso em: 15 set 2016.

VÍCOLA. Nivaldo Sebastião. *Os interditos possessórios nas Ordenações Filipinas*. Revista eletrônica do Centro Universitário FMU/SP. Disponível em: <<http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/149/203>>. Acesso em: 29 set 2016.

VIEIRA DE ANDRADE. José Carlos. *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2006.

VIOLA, Eduardo. *Reflexões sobre as dimensões da globalização, as novas forças sociopolíticas transnacionais e a redefinição do horizonte da democracia*. In: GERSCHMAN Silva; VIANNA, Maria Lúcia Werneck (org.). *A miragem da pós modernidade*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1997.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3 ed. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ZOLLINGER, Márcia. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Salvador: Podivm, 2006.