

# Sociologia da Propriedade

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA

1) Mesmo superficialmente atentando o observador para o fenômeno, seja em pesquisa vertical ou de profundidade, seja em comparação horizontal ou extensiva, encontra a maior variedade de posição do indivíduo no tocante à apropriação dos bens. Isto que nos parece tão simples, que se ouve no balbucio infantil — **esta coisa é minha, eu sou o seu dono** — não tem projeção idêntica nas sistemáticas jurídicas. Houve povos, que nunca vieram a conhecer o direito de propriedade privada; outros compreendiam-na sôbre os rebanhos, sôbre as armas, jamais sôbre a terra. E, ainda hoje, alguns existem que não subordinam o seu regime de bens à idéia de apropriação individual, o que certamente reflete no seu direito, desarticulado da concepção tão arraigada na consciência coletiva ocidental, que é o **direito subjetivo**. Está neste caso, por exemplo, o povo chinês, para o qual não foi o regime de Mao-Tse-Tung que aboliu a propriedade privada, mas a sua tradição histórica.<sup>1</sup>

Não tem sido pequeno, nem vão o esforço dos que investigam a origem da idéia dominial. E, geralmente, as pesquisas conduzem à uma concepção religiosa. Sua presença **mística** é, aliás, assinalada como uma característica ainda mais acen-

---

(\*) Este estudo, aqui publicado, constitui capítulo inicial da monografia escrita pelo professor Caio Mário da Silva Pereira — *Propriedade Horizontal* — a ser brevemente dada à publicidade.

(1) Cf. ESCARRA, *Le Droit Comparé et la Jurisprudence Chinoise*, in RECUEIL, vol. I, p. 481; RENÉ DAVID, *Traité Élémentaire de Droit Comparé*, p. 377 e s.

tuada nos povos **primitivos**, tomada esta palavra para significar os que se achavam num grau mais baixo de civilização, e para compreensão de cujo estágio sociólogos como ENGELS, D'AGUANNO, LÉVY-BRUHL dedicaram-se a observar os «primitivos atuais». Naquela fase remota, a propriedade é um vínculo místico entre o indivíduo e a coisa, da mesma forma que êle se prende, por idêntico laço, ao grupo a que pertence. Em tal momento, a propriedade é uma vinculação que se estabelece entre a pessoa que possui e os objetos possuídos.<sup>2</sup> Varia a natureza (individual ou coletiva) do vínculo, e, daí, estabelece-se ora a propriedade privada, ora a propriedade grupal, ora as duas simultaneamente, quando certos bens podem ser individualmente vinculados, enquanto que outros (terras, rios, florestas) são atribuídos à coletividade, e guardados sacramentalmente pelos deuses ou pelos mortos. O traço essencial da propriedade primitiva é seu caráter sagrado. A propriedade individual é sagrada, como extensão da própria pessoa (CHALLAY).

Ê evidente que o desamor ao bem individual, em circunstâncias assim, projeta-se na forma de apropriação a que as leis evolutivas conduzem o regime. Um povo que herdou do passado remoto a apropriação coletiva ou grupal das coisas, dificilmente será levado, mais tarde, à afirmação de idéias ligadas a um conceito muito sólido do direito subjetivo de propriedade individual.

2) Outros povos, e nesta classe matriculam-se todos ou quase todos os que compõem o que se convencionou chamar civilização ocidental, têm a noção acendrada do «meu e teu», têm incrustada na profundidade de sua consciência jurídica a idéia do assenhoreamento dos bens, a concepção sedimentada do direito individual de propriedade.

Ê, também aqui, a tradição de todo um conceito de civilização que o explica, salientando-se a idéia de que foi uma das primeiras noções jurídicas a assentar-se, ainda ao tempo em que a norma religiosa (*fas*) não se diversificava da regra

---

(2) Cf. FELICIEN CHALLAY, *Histoire de la Propriété*, p. 10.

de direito (*ius*). E o historiador da **Cidade Antiga** acrescenta mesmo que desde a idade mais remota, não se tem notícia de outra forma de conceber a relação jurídica da propriedade entre certos povos, senão esta da propriedade privada, que as sociedades helênicas e itálicas articularam num complexo que formara a trilogia indissociável: religião, família e propriedade privada. Em tórno da religião doméstica construíram-se estas noções que se vão prender à origem dêsses povos da bacia mediterrânea, salientando-se que cada família possuía seus deuses, e seu altar doméstico, praticava o seu próprio culto a que não tinham entrada as pessoas estranhas. Aquêlê altar era assentado no solo, de maneira definitiva e construído de pedra, inamovível. Uma vez levantado não podia ser transportado, porque o deus doméstico quer morada fixa. Pela contingência religiosa estas civilizações eram sedentárias, e, mais ainda, não tolerando o culto privado a interferência de outro culto privado dentro do mesmo recinto, o altar doméstico havia de separar-se de tudo quanto lhe fôsse estranho. Porque os deuses particulares eram interiores, **Penates**, era preciso existisse em tórno do «lar» uma certa distância, delimitada pela cêrca sagrada. E esta cêrca, explicada pela noção fundamentalmente religiosa, era o marco do limite do culto, era a contenção dos elementos estranhos à família, era a significação precisa do direito de propriedade.<sup>3</sup>

Quando, mais tarde, a religião da cidade assumiu maiores proporções, e quando o conceito de *ius* acompanhou o crescimento daqueles povos que não puderam constrigir-se dentro de muros urbanos e se estenderam além das bordas do mar, e pelas terras sem fim, não puderam nunca desvencilhar-se das tradições arraigadas no imo de sua consciência. Por aí diferenciaram-se de povos que os antecederam; por aí distinguiram-se de nações suas contemporâneas; por aí separaram-se de civilizações que absorveram; por aí deixaram na civilização romano-cristã a marca definitiva de sua influência.

(3) Cf. FUSTEL DE COULANGES, *La Cité Antique*, 17ª edição, p. 62 e s.

3) Num rápido vôo por sôbre a concepção dominial, desde o Direito Romano até os nossos dias, com o assinalamento apenas dos momentos históricos mais acentuados e característicos, podemos evidenciar que a cada tipo de organização jurídica haveria de corresponder um tipo de propriedade, e que trabalhada esta pela concepção política dominante num dado período, recebe o seu impacto e portanto reflete-a. **Propriedade-família-religião** foi a trilogia da Cidade Antiga. **Propriedade-política-economia** é o tríplice índice de um complexo paralelogramo de fôrças que seguiu a sua vida na civilização do ocidente, e ainda hoje traduz as tendências para uma nova concepção econômico-jurídica.

Invertendo, então, os termos da proposição, podemos sem receio proclamar que a propriedade é a pedra de toque dos regimes jurídicos e dos regimes políticos. É através de sua análise que se pode apurar a tendência de um povo num determinado momento de sua passagem pelo cenário da história.

Se é certo, como efetivamente é, que a tendência política in:prime ao Direito sua feição própria, e o demonstrou brilhantemente o Prof. MARCEL WALINE,<sup>4</sup> podemos buscar na forma como é tratada a propriedade o traço característico do regime, ou a extensão em que a tendência política atua no campo jurídico.

Segundo a maior ou menor intensidade da atuação das fôrças políticas e das fôrças econômicas, é possível dividir a curva histórica do direito de propriedade no ocidente em 3 períodos distintos: um primeiro que abraça um largo tempo decorrido desde a Antigüidade Romana mais remota até o Baixo-Império; um segundo que se inicia com as grandes invasões e se estende por tôda a Idade Média até o XVIII século; um terceiro que é coetâneo do individualismo liberal até os nossos dias.<sup>5</sup> Quando o jurista moderno encara as transmutações por que passam os conceitos atualmente, não pode olvidar que o regime da propriedade as espelha. E se se

---

(4) Cf. MARCEL WALINE, *L'individualisme et le droit*, 1949.

(5) Cf. J. L. LEBRET, *Prefácio* à obra de LUCIEN JANSSE, *La Propriété*, pág. 8.

abre um «futuro incerto» diante de nós, na propriedade está incrustado o germe da transformação.

4) É através da propriedade familiar traduzida pela apropriação coletiva dos bens do grupo, sob a direção do chefe, que podemos distinguir a vida jurídica das populações arianas primitivas, antes que penetrassem a bacia mediterrânea e fôsem assentar as bases da civilização que seria a romana. É também na impraticabilidade da concentração pessoal do domínio que podemos definir a organização patriarcal do tipo social bíblico.

O extremado individualismo romano da primeira hora pode perfeitamente ser definido no conceito da propriedade *ex iure quiritium*, condicionada à natureza do objeto e sua situação no solo itálico, à nacionalidade do titular, e ao modo formalista de transmissão. Com a evolução das tendências do povo de Roma caminha o *dominium* para uma distinção em *directum* e *utile* (VILLEY), refletindo a duplicidade dominical as idéias do tempo, ligadas ao reconhecimento de um direito àquele que explora e torna produtiva a terra.

5) A invasão do Império não trouxe, por si mesma, nenhuma revolução ao regime dos bens, «porque os Germanos, e, após eles, os homens da Idade Média, estimavam, como os antigos Quirites, indiscutível em seu princípio, o absolutismo do poder do homem senhor de sua pessoa, sôbre as coisas por êle assenhoradas». <sup>6</sup> Mas indiretamente gerou uma transmutação profunda de valores.

O regime feudal instilando na história política um conteúdo novo, ressumbra na idéia privatística de senhorio a projeção publicística do poder. Dentro do feudalismo a autoridade se dissocia, criando células autocráticas em tórno de cujo núcleo, preenchido por um senhor, gravitam os que lhe devem vassalagem e lhe pagam tributos, rendem-lhe homenagem e prestam serviços de guerra e de paz. O desaparecimento desta organização social, política e econômica não foi devido a um cataclisma histórico. Nem tal regime surgiu num dia.

---

(6) Cf. LUCIEN JANSSE, *La Propriété*, p. 20.

Foi com a invasão dos bárbaros que campeou a instabilidade e a insegurança. Os indivíduos recebiam as violências. E, para obterem tranqüillidade, aproximavam-se de um grande senhor. Transferiram-lhe suas terras. Juravam servi-lo. E em troca da terra e da vassalagem, recebiam a proteção dêle e o gôso daquela (**beneficium**). Pouco a pouco foi-se estendendo uma rede inteira de devotamentos, de assistência recíproca, de auxílios e alianças, desde o Rei, que era o primeiro nobre, até o mais humilde servidor.

A propriedade imóvel é objeto de subordinação diferente e variada a uns e a outros, mas é também o símbolo do poder de comando. Dentro de sua terra, o nobre é soberano. Cobra tributos. Exige obediência. Distribui justiça. Mas não existindo tenhor sem terra, a propriedade que fôra outrora um vínculo místico de apoderamento, torna-se um laço político.<sup>7</sup>

Sob êste regime, a organização econômica era trabalhada fundamentalmente pela infiltração política, e estabelecia as obrigações mútuas e os privilégios que compunham a feudalidade, bem como as relações para com a propriedade, que a rigor não era de ninguém.<sup>8</sup> Com efeito, uma escala de valores jurídicos e de valores políticos se estendia desde o soberano até o menor súdito. E, quando volta o observador suas vistas para êste, que é o ocupante e o cultivador da terra, verifica que êle não tem o seu domínio, mas paga uma contribuição pelo seu uso e pelo seu rédito; paga para utilizá-la; paga para não ser molestado. E quando morria, a princípio cessava a vassalagem. Depois tornou-se hereditária, e, com ela os **beneficia** também (CHALLAY). O óbito do castelão, do servo, do ocupante, do cultivador da gleba não transmite a terra aos seus, mas devolve-a ao suzerano, que mediante um tributo imite os herdeiros do defunto na **posse**. A **posse** e só ela contém a relação do homem com a terra, e é pela idéia de transmissão da posse que se revoluciona o princípio da sucessão

---

(7) Cf. FELICIEN CHALLAY, *op. cit.*, p. 50 e s; JOSEPH ZAKSAS, *Les transformations du Contrat et leur Loi*, p. 67 e s.

(8) Cf. ADOLF A. BERLE JR. e GARDINER G. MEANS, *A Propriedade Privada na Economia Moderna*, p. 23.

**mortis causa (droit de saisine)** ao admitir-se que **le serf mort saisit le vif son hoir le plus proche**, o que só veio, entretanto, a ocorrer bem mais tarde.

Ao chegar-se no limiar da Idade Moderna do Direito, não é por mero acaso que outra concepção de propriedade se emoldura, diversa da que vigera por um milênio de civilização. Não é. Mas por que novas idéias políticas se elaboram, e se verifica, mais uma vez, a impossibilidade de conservar-se o conceito de propriedade estranho à configuração das idéias liberais, da noção de liberdade, da tendência individualista. E, no momento em que o panorama político se transforma, com êle se metamorfoseia a propriedade, que irá à evidência inteira entender-se marcada daquele mesmo conteúdo, dos mesmos preconceitos e prejuízos da construção democrático-liberal.

6) A Revolução Francesa foi um acontecimento de raízes profundas, de tão grande alcance social que se chega a dividir a história, à vista das transformações que causou. Não passaria da superfície o movimento, se deixasse intacto o conceito medieval de domínio, e, disto conscientes, aquêles homens revolucionaram a noção da propriedade. O Código Napoleão traduz os pendores de seu tempo e sintetiza as idéias-fôrças do direito no século XIX. E como êste foi o grande lago sereno do individualismo jurídico, aquêle foi cognominado com razão o Código da Propriedade. Em tôrno dela construiu-se a economia. Em função de sua extrema valoração, os princípios jurídicos se assentaram. Acreditando na **vilis mobiliaum possessio**, o jurista classificou, numa espécie de aristocracia bonitária, a coisa imóvel como a mais importante, porque a propriedade imobiliária traduz mais que outra qualquer a idéia de assenhoreamento, de conservação e de equilíbrio econômico. Aquêles a quem pertencem mais coisas tem uma importância social maior. Descrente da aristocracia de linhagem, a sociedade moderna constituiu uma nova idéia nobiliarquica, e fundou a aristocracia econômica. O homem valendo pelo que tem, cada um procura mais ter, construir a sua fortuna, como forma de influir.

Longa vida, porém, não viveu esta modalidade de entendimento e esta valoração econômica.

Neste século XX é tudo intranquilo. Os regimes mudam, os conceitos jurídicos perdem consistência. Os movimentos políticos alteram a face das instituições. Oscilam os governos da direita para a esquerda, da esquerda para a direita. Neste ambiente caótico o regime jurídico da propriedade não se mantém equilibrado. Pende para a socialização moderada, acompanhando o rumo do governo trabalhista sob CLEMENT ATTLEE na Inglaterra, ou procura retomar o leito individualista sob WINSTON CHURCHILL. O sentido individual na abolição da propriedade privada do regime soviético da primeira hora (comunismo de guerra), transige com um individualismo moderado nos anos da NEP, e retoma com a planificação uma segurança maior, à medida que aquêle regime amadurece com a experiência, admitindo-se então ao lado da socialização plena dos meios de produção o reconhecimento de um tipo de apropriação privada usufrutuária compatível com o regime.<sup>9</sup> O desequilíbrio econômico e político instável da França de Vichy e de após-guerra pode ser estudado na insegurança da propriedade mantida com caráter privado e individual, porém perfurada pelas nacionalizações e pelas restrições que uma legislação extravagante a todo momento lhe desfere. E, quando uma recuperação econômica se desenha, reage o direito de propriedade colocando-se numa defensiva bastante significativa.

7) Apregoa-se a deflagração de um movimento moderno sob a epígrafe um tanto enfática de «socialização do direito». Quem quiser, porém, apurar se há mesmo socialização, é indagar como a propriedade privada está sendo tratada. Mudou ela de substância? Foi abolida? É reconhecida apenas sobre bens de utilidade pessoal? Então o movimento é mesmo socializador, e o direito mudou de pólo. Não é? Reconhece-se o direito de propriedade individual? Atenta-se contra o domínio em impactos de superfície que lhe não abalam a estrutura íntima? Então o direito não sofreu alteração profunda, e a denominada «socialização» é apenas expressão de empréstimo.

---

(9) Cf. RENÉ DAVID et JOHN NL HAZARD, *Le Droit Soviétique*, vol. I, p. 81 e s.



O que daí se pode deduzir mais uma vez é a importância capital da análise do direito de propriedade como fator de observação para se apurar a evolução jurídica de nosso tempo.

Por que dizemos que a expressão tão em voga **socialização do direito**, é mero eufemismo, e dizê-lo em confronto com o direito de propriedade? Não seria um exagero ou um desvio de perspectiva?

Parece-nos que não.

Fala-se muito em «socialização do direito» tendo-se em vista de um lado o desenvolvimento da teoria do **abuso do direito** e de outro o sentido de proteção ao mais fraco, como técnica do restabelecimento do equilíbrio social, cognominado por COLIN et CAPITANT como «paternalismo» do direito moderno.

Não será, porém, correto proclamar que o direito se socializa, enquanto perdurar como base estrutural do ordenamento jurídico a noção do **direito subjetivo**, que imprime ao Direito cunho individualista, oposto ao conteúdo social do regime contrário. É exato que a tendência de nosso tempo é podar os excessos individualistas, como expressamente declararam OROZIMBO NONATO, PHILADELPHO AZEVEDO e HAHNEMANN GUIMARÃES na «Exposição de Motivos» com que apresentaram o seu Ante-Projeto de Código de Obrigações e como implicitamente está consignado em tôda uma legislação protecionista. Mas nem por imprimir-lhe os excessos retira-se-lhe a essência.

Quando, pois, o direito positivo consagra a teoria do abuso do direito (Cód. Suíço, artº 2º), ou a jurisprudência a aplica (como no direito brasileiro ou francês), nem por isso toma o caminho socialista, pois, segundo mostrou à maravilha RENÉ DAVID, há um mundo de distância entre esta concepção, que é capitalista, e a regra consignada no famoso artº 1º do Código Civil Soviético, onde se lê o princípio de proteção dos direitos civis, «salvo no caso de exercício contrário à sua destinação econômica e social». Diferentes os fundamentos, pois que o da teoria do abuso de direito nos sistemas romano-cristãos é

moral (RIPERT) enquanto que a fórmula soviética tem base econômica.<sup>10</sup>

D'outro lado, se é exato que a tendência da legislação protecionista vige no rumo de se coibir o abuso cometido pelo contratante mais forte ou pelo economicamente mais poderoso, nem por isto se lhe recusam direitos subjetivos, ou a êstes é retirada proteção.

Ora, de todos os direitos subjetivos, o que mais fundamenta cala na consciência jurídica de um grupo social é a propriedade. Mesmo as pessoas que não tem qualquer formação jurídica para perceber a noção abstrata do direito subjetivo; mesmo os indivíduos rudos sem um sensorio aberto à penetração do jurídico como idéia genérica, reduzem tôda idéia de «direito» aos termos de comparação com o sentido dominical.

Num concretismo bem ao gôsto do tempo não é errôneo, portanto, assentar que a conservação essencial das linhas de estrutura da propriedade permite definir a orientação geral de um sistema, e repelir a declaração de que êste se socializa, enquanto mantiver as faculdades dominiais primárias.

8) Numa redução de proporções e de perspectiva, será conveniente que objetivemos umas observações sôbre o direito brasileiro atual, no campo delimitado da propriedade.

A linha mestra de tratamento que o nosso ordenamento lhe dispensa é a que o artº 141, § 16 da Constituição traduz, assegurando garantia ao direito de propriedade, salvo os casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interêsse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

Antes de situarmos êste direito em nossa sistemática, devemos vinculá-lo em seu enquadramento passado. Conceituá-lo. Tanto quanto fôr possível, oferecer para uma instituição de tal modo complexa uma definição.

O romano via na **proprietas** o direito ilimitado sôbre uma coisa, incorporava nela a liberdade de fazer o **dominus** o que

---

(10) Cf. GEORGES RIPERT, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, p. 183; RENÉ DAVID, *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*, p. 335.

bem lhe parecesse, a menos que a lei trouxesse, acrescenta VAN WETTER,<sup>11</sup> uma limitação especial, ao seu direito. Podia o proprietário usar, gozar, dispor da coisa, mas não se entende daí que o **dominium** constasse de uma soma de faculdades irregulares, senão exprimia «la pienezza del diritto sulla cosa, e le singole facultà, che in essa vanno distinte, non sono che estrinsecazione e manifestazione di questa pienezza».<sup>12</sup>

Depois da Revolução Francesa ter inscrito a propriedade entre os direitos naturais e imprescritíveis do homem, no artigo 2º da «**Déclaration des droits de l'homme et du citoyen**», o Código Napoleão, que reflete e perpetua as idéias do tempo, define-a em termos que reproduzem a ilimitação romana, como sendo «le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements».

Embora não tenham passado sem reparos as contradições do legislador do consulado, que proclamava simultaneamente o absolutismo daquele direito e a sujeição de seu uso às restrições inspirou inúmeros Códigos, e outros, sem copiá-lo, guardam linha de conduta análoga. Mesmo aquêles que seguem orientação própria desprendida da francesa, o alemão e o suíço, enxergam no domínio a faculdade de proceder livremente em relação à coisa (alemão, artº 903) ou dispor dela livremente (suíço, artº 641).

Nosso Cód. Civil teve o bom senso de não a definir, contentando-se com declarar (artº 524) que «a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua».

Não se perdeu no excesso francês de proclamar o seu absolutismo, que o italiano de 1865 repetiu: «diritto di godere e disporre delle cose della maniera più assoluta». Não afirmou a liberdade de uso ou de disposição (suíço-germânico). Foi sóbrio, integrando no domínio os quatro elementos que o compõem: uso, gozo, disposição e reivindicação da coisa.

---

(11) Cf. VAN WETTER, *Pandectes*, § 162.

(12) Cf. WINDSCHEID, *Pandette*, II, § 167.

E, precisamente por ter sido comedido, o conceito do nosso legislador pode sobreviver às mutações que o domínio sofreu, e que sucitamente assinalaremos.

9) Examinando o artº 141, § 16, da Constituição, já nos defrontamos com sérias restrições ao direito de propriedade, contidas na desapropriação e na requisição excepcionalmente autorizada, em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina.

Ê preciso, pois, situar estas restrições e a inovação que a Carta de 46 contém, dentro do movimento doutrinário que o esclarece bem.

Contra os exageros individualistas do século passado, duas escolas, ao seu turno adversárias, fazem mão comum no ataque. Cristãos e socialistas assestam contra o absolutismo do direito de propriedade uma série de acusações, e daí surge a idéia, por sua vez um pouco imprecisa, de ser o domínio função social (RENARD et TROTOBAS). Neste mesmo rumo caminha o institucionalismo de HAURIUO, e quando SAVATIER sustenta a publicização do direito de propriedade nada mais está fazendo do que marchar nesta corrente que ganha vulto.<sup>13</sup>

A Constituição brasileira de 1946 foi elaborada ao tempo em que estas idéias tomaram corpo, não no sentido de que a propriedade seja socializada, pois que um tal conceito contraria as noções mais divulgadas e os princípios seguros consagrados nos códigos de quase todo o mundo, em prol da concepção do domínio como direito subjetivo. Mas àquele tempo já se aceitava, e os constituintes foram bastante sensíveis à realidade, aquilo que a nosso ver deve compor a verdadeira noção elementar do domínio.

Sem deixar de ser um direito, com as características de **facultas**, a propriedade deve ser **exercida** em sentido social. Ê o **exercício** daquele direito que se subordina ao interêsse público, e a função social é integrante menos da definição do direito do que ligada ao seu exercício. Tôda vez que se

---

(13) Cf. SAVATIER "Du Droit Civil au Droit Public", 1945.

esboça um conflito entre o individual e o social, entre o direito de um dono e a conveniência da coletividade, o legislador terá forçosamente de resolvê-lo neste último sentido, ainda que com sacrifício do direito subjetivo. A utilização dos bens apropriáveis estará, pois, na linha de equilíbrio entre a faculdade reconhecida e a conveniência de todos.

Já o nosso direito conhecia e disciplinava o instituto da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, em que se encontra bem acentuado este aspecto da linha de equilíbrio. Sempre que o poder público precisa de realizar obra no proveito geral, expropria o bem particular, indenizando o dono. Sem destruir a noção de direito subjetivo ligada ao domínio, e sem atentar contra a garantia assegurada ao **dominus**, opera-se a coletivação do exercício do direito, subrogando-se a coisa no valor, com que se compensa o proprietário despojado.

10) O que foi inovação de nosso regime reformado em 1946 foi a **desapropriação por interesse social**. A introdução da novidade deve-se ao senador FERREIRA DE SOUZA, que justificou sua emenda em nome daqueles princípios defendidos pela doutrina cristã, que impõe ao proprietário certas obrigações morais. O autor afirma a função social da propriedade e exige que se lhe dê utilidade e emprêgo proveitoso ao bem comum.

Naquele equilíbrio a que nos referimos, deve ser ponderada a utilização do domínio no sentido social, sôbreposto ao bem individual. Com este propósito, defende o parlamentar a expropriação das terras que poderiam ser cultivadas e não são, como «daquelas cujo domínio absoluto chega a representar um acinte aos outros homens».

Além deste exemplo, mais comumente lembrado, PONTES DE MIRANDA recorda as obras científicas em edição esgotada, os inventos não-utilizados.

Sem dúvida, a Constituição de 1946 assentou um princípio que bem traduz a receptividade de nossos juristas às doutrinas mais vivas e mais atuais. Acontece que o dispositivo constitucional que abriga a inovação não se insere entre aquelas **self executing provisions** da técnica publicística americana.

Necessita, ao revés, de regulamentação, que a lei ordinária terá de minudenciar. E aí é que se planta o grave problema. CARLOS MEDEIROS SILVA, SEABRA FAGUNDES e TEODORO ARTHOU redigiram um projeto de lei que define os casos de desapropriação por interesse social. DARIO MAGALHÃES e ANTÔNIO VIANA DE SOUZA o debateram no Conselho Técnico Consultivo da Confederação Nacional do Comércio.

Mais recentemente, projeto de lei foi apresentado na Câmara dos Deputados pelo Deputado JOSUÉ DE CASTRO, «definindo os casos de desapropriação por interesse social, e dispondo sobre a sua aplicação». Na Comissão de Constituição e Justiça produziu o Deputado Prof. PEDRO ALEIXO brilhante parecer, seguido de substitutivo. Não obstante o valor dos trabalhos, e a intenção de solucionar o problema, não se chegou, ainda, a um ponto de fusão, capaz de efetuar uma lei satisfatória.

De fato a questão é difícil. O legislador ordinário terá de agir com a máxima cautela. Se for demasiado sovina ao delinear os casos de desapropriação por interesse social, reduzirá a alteração do instituto expropriatório às hipóteses já consagradas da necessidade e utilidade pública. Se fôr demasiado liberal, penderá para maior inconveniente, que é a instabilidade de direito de propriedade.

Todos nós sabemos dos perigos que a deformação política pode causar aos institutos. Todos nós conhecemos os males que as competições municipais provocam, atraindo para seu âmbito restrito as lutas que nasceram no campo vasto das idéias gerais. Daí o perigo que se corre, de oferecer ensanchas a que se deforme em prática malsã uma instituição nascida com tão alevantados propósitos.

È certo que temos garantia constitucional para o expropriamento. Compete ao Poder Judiciário a fixação do preço da desapropriação, (*due process of law*), e, se êste Poder, alguma vez, por uma contingência ligada às deficiências humanas, faltar ao seu mister, na normalidade de sua conduta entretanto está a segurança de seu equilíbrio. Conseqüentemente, a desapropriação por necessidade ou utilidade pública como a

por interêsse social, apreciada no que é sujeito ao Judiciário, por um poder estranho ao âmbito dos debates, forçosamente levará à justiça do veredicto.

A Constituição Federal estabelece a obrigatoriedade de ser a indenização prévia, justa e em dinheiro. Daí a garantia de que o expropriado não sofrerá a espoliação do bem do seu domínio. E a conduta judiciária tem-se mantido firme numa interpretação severa da lei de desapropriações, reputando inconstitucional o dispositivo legal que estabelecia a aferição do preço contemporânea do ato expropriatório.

11) Restrição ao direito de propriedade nós encontramos também na legislação protetora de nosso patrimônio histórico e artístico, proibindo a demolição e modernização de prédios e monumentos existentes tanto em cidades consideradas monumento histórico como também aquêles que se encontram inscritos no tombamento monumental, nas demais cidades, (Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937).

É uma forma especial de se conceber o domínio admitindo-se que o proprietário tenha uso e gozo, mas restringindo-se-lhe a disponibilidade da coisa. Aquêles três elementos componentes do domínio segundo a concepção romana alteram-se. Naquele complexo jurídico — **ius utendi, fruendi et abutendi** — enfraquece uma das faculdades. Mas continua sendo domínio; restrito, porém domínio.

12) A crise de habitações, ocorrida na segunda guerra mundial, provocou a intervenção legislativa no direito do contrato de maneira mais vasta do que já vinha fazendo. Com uma legislação chamada de emergência, instituiu o congelamento dos preços e a fixação do locatário no imóvel alugado.

O movimento, analisado no seu conteúdo sociológico, e retratado em suas linhas gerais, traduz bem o sentido de proteção de nosso tempo, quando procura, pelo tratamento diverso dos que se defrontam diante da coisa, manter ou restaurar um equilíbrio alterado.

Fere-se um combate entre dois princípios, ou melhor, entre duas tendências: o individualismo que inspirou o movimento codificador do século passado, a que o Código de 1916 não

pôde escapar, e o movimento que orienta os rumos da legislação neste século, a que o nosso direito adere francamente, e que por uns é chamado de «socialização» e por outros de «moralização».

Em um modesto trabalho, «Lesão nos Contratos» tivemos ensejo de apontar a repercussão dêste combate sôbre o direito do contrato, evidenciando que o princípio da ordem pública vem cada vez mais superando os cânones da autonomia da vontade, e o da fôrça obrigatória do ajuste.

Aqui salientamos a repercussão desta luta no direito de propriedade. Repercussão profunda, embora menos aparente, e, por isso mesmo, de conteúdo mais grave para a modelação do direito do futuro.

Numa simples proposição que o homem da roça, notadamente o pequeno proprietário, a todo instante repete, está um aforisma de enorme alcance social. Ele não se conforma em que o legislador lhe retire a livre disponibilidade da coisa; não admite que a lei restrinja o gozo do bem ao fixar o aluguel; não tolera que o ordenamento jurídico se oponha a que use livremente a sua casa, permitindo-lhe o direito de retomada apenas quando se esboça entre o dono do prédio e o inquilino um conflito de necessidades. E exclama revoltado que então não é mais dono.

O domínio entretanto existe. Mudou de roupa. Transformou-se. Alterou-se a sua aparência. Como a nossa geração é que assiste a estas transformações, ainda não se conformou com a idéia de que a propriedade, que reflete um conceito assentado e tradicional, possa estar em tal estado subvertida.

O que houve, porém, foi apenas uma transformação, consagrada na linha de evolução do individual para o social, como outras evoluções já suportou o domínio no passado, alterando o sentido de uma palavra e o conteúdo de um instituto.

13) Segundo a doutrina construída pelos glosadores, em raciocínio equívoco sôbre textos pouco claros do «Digesto», construiu-se uma doutrina sôbre o aproveitamento do subsolo e do espaço aéreo, que tanto tem de sistemática quanto de inexata. Com a fórmula atribuída a CINO DE PISTOLA —



**cuius est solum, eius est usque ad coelum, usque ad in feros** — estabeleceu-se a projeção dominical acima e abaixo da possibilidade econômica de aproveitamento, concentrou-se o individualismo da propriedade na sistematização doutrinária de um domínio sem correspondência real.

Nosso Código situou bem o problema, estendendo o domínio sobre o espaço aéreo e subsolo dentro do critério limitativo da **utilidade**.

Mas a economia nacional não pode mais, mesmo com êste sentido, aceitar esta projeção vertical. A riqueza da Nação há de se integrar das reservas minerais do subsolo, que é hoje destacado da propriedade do solo, desde o Código de Minas de 1934 até a disposição especial da Carta de 1946, que considera distinta da do solo para efeito de exploração e aproveitamento industrial a propriedade das minas e riquezas do subsolo, como a das quedas d'água mobilizáveis para o potencial elétrico.

De novo sentimos o conteúdo do domínio mais reduzido. O proprietário de um fundo rural, sem deixar de ser dono, vê-se despojado da jazida mineral do subsolo ou da cachoeira que aciona turbina elétrica, pela razão de que o interesse coletivo se sobrepõe ao seu individual, e uma extensão social do direito não comporta o egocentrismo da concepção romana de **proprietas**.

14) A mesma inspiração que retira da apropriação individual a riqueza do subsolo; que põe fora de contróle individual o monumento artístico ou histórico; que institui a desapropriação do bem que passa ao domínio público e se torna útil à coletividade; que restringe a faculdade **utendi** e **fruendi** através da lei de inquilinato ou de proteção ao fundo do comércio — orienta o legislador no sentido de obrigar a vender. Constitui, na verdade, crime contra a economia popular, punido com prisão, sonegar mercadoria ou recusar vendê-la a quem esteja em condições de comprá-la a pronto pagamento.

Aí está outro atentado contra a faculdade de disposição, que já não se acha mais condicionada à conveniência, ao interesse e muito menos à liberdade do proprietário. A lei, sob

pena de prisão, impõe a **obrigação de vender**, e, desta forma, reduz, no conjunto das faculdades próprias do domínio, a que diz respeito à disposição, que se sujeita à necessidade do maior número.

Com o mesmo propósito, e na mesma linha de restrições, é proibido celebrar ajuste para majorar preços ou monopolizar mercados.

15) Desta resenha rápida em que focalizamos os principais atentados contra a concepção clássica da propriedade e as restrições mais graves a ela impostas, resta-nos extrair a conseqüência e precisar em que consiste a característica de evolução do direito de propriedade em nossos dias.

Continua existindo a propriedade privada? Como se conciliam tôdas estas restrições com o conteúdo do direito subjetivo e com a sujeição da coisa ao **dominus**, que ela traduz?

Uma concepção nova de propriedade surge, erigida em função social. Os bens são dados aos homens, que devem gozar na sociedade uma função que corresponde a esta concessão. O exercício da propriedade tem por limite o cumprimento dêstes deveres e o desempenho de sua função. Se um indivíduo explora o bem de seu domínio fora desta órbita, afronta um dever superior e sai da linha de conduta compatível com a organização social.<sup>14</sup>

Esta posição do domínio não constitui apenas uma concepção nova, defendida pelos teóricos, e jacente no plano doutrinário. Ao revés, introduziu-se em nosso ordenamento jurídico, e não tem outro sentido o disposto no artº 147 da Constituição Federal, ao enunciar que «o uso da propriedade está condicionado ao bem-estar social», e ao permitir que o legislador, mediante a desapropriação, promova «a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos».

O inciso constitucional é bem a expressão desta doutrina que vê na propriedade uma função social, e o observa com

---

(14) Cf. Veja-se PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité Élémentaire*, I, n. 2.704, p. 915.

justeza o Prof. TEMÍSTOCLES CAVALCANTI,<sup>15</sup> doutrina a que aderimos com a restrição apontada acima, fazendo incidir a socialização antes sôbre o exercício do que sôbre a concepção do direito.

Mas, não obstante esta noção, a propriedade continua um direito, é individual e de natureza privada. A legislação que impõe limitações ao seu exercício, condicionando-a ao bem-estar da coletividade, não lhe retira a característica de direito privado, tal qual o Direito Romano, reconhecendo e proclamando as restrições impostas pelo direito de vizinhança, por exemplo, definia o domínio como individual.

O que se pode apontar como requisito da conceituação privatística da propriedade é o reconhecimento da liberdade individual nos três momentos fundamentais de sua existência: a aquisição, o uso e a disposição. Todo cidadão tem em tese direito à aquisição dos bens de que lhe aprouver apropriar-se. O Estado, por conveniência ou para defesa de sua integridade, apenas por exceção, põe fora do comércio alguns bens, declarando-os inapropriáveis. No seu conjunto, e como regra geral, as riquezas são suscetíveis de sujeitar-se ao indivíduo.

Todo cidadão, em tese, tem direito de se utilizar de seus bens, nos misteres normais a que se destinam, sem a interferência do poder público. Êste intervém quando a utilização da riqueza atenta contra o interêsse da coletividade. Se o Estado necessitar do bem privado, e quando pretender o cumprimento da sua melhor distribuição, terá o direito de fazê-lo, mas sujeitando-se a reembolsar ao dono o equivalente da coisa, o que é reconhecer aquêle direito subjetivo.

Todo cidadão tem, em tese, o direito de dispor de seu patrimônio, tanto por ato entre vivos como para depois de sua morte, e, se a lei embarça ou mesmo proíbe certas disponibilidades, é em caráter igualmente excepcional, para tão reduzida categoria de bens que não desfigura o conjunto.

16) Por um conjunto de causas originárias dos mais diversos setores, opera-se por outro lado uma como que trans-

---

(15) Cf. TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, *A Constituição Federal Comentada*, vol. III, p. 303.

mutação dos valores econômicos dominicais. A propriedade, sem deixar de ser um direito subjetivo, e sem perder as suas características individuais, encaminha-se num rumo empresário. Sem perder a sua natureza de direito individual, suporta uma dicotomização inteiramente peculiar, extremando-se uma «**propriedade usufrutuária**» do direito dominial clássico.

Como isto se opera, e quais os seus efeitos é o que mostraremos em poucas palavras, apontando, desde logo, o porque do movimento, pois sem isto não seria possível colocar o dedo no lugar sensível.

É certo que a concentração do **poder econômico** vem constituindo uma característica marcante de nosso tempo. A pequena propriedade não pode enfrentar os óbices originários da mobilização de capital, encargos tributários, mão de obra cara e difícil, etc. A rentabilidade da exploração econômica sob o regime do artesanato vai-se tornando cada vez mais reduzida e menos encorajadora, desestimulando, portanto, a sua sobrevivência. E, em consequência, ocorre a soma dos esforços e das disponibilidades na criação da empresa. Em todos os setores, é uma realidade.

A começar do industrial. Passou o momento da pequena indústria doméstica. E já vai passando o da indústria de proporções reduzidas, que não suporta mais a concorrência da grande produção em série... Como, porém, falta a uma pessoa o capital necessário para reunir os enormes e custosos equipamentos, organiza-se a sociedade anônima, por via da qual as economias, grandes e pequenas, são canalizadas no sentido da realização dos objetivos empresários. E, desta sorte, os valores imensos da **propriedade industrial**, representativos do **poder econômico da empresa**, ficam sob a direção de um pequeno grupo controlado, enquanto que se difunde por dezenas, às vezes centenas, e em certos casos até milhares de acionistas, que têm então títulos representativos de uma espécie de **propriedade usufrutuária**, facilmente negociáveis e de circulação rápida. A propriedade se multiplica valorativamente, enquanto se concentra na empresa; e ao mesmo tempo se subdivide e

difunde na aptidão de fruição.<sup>16</sup> No Brasil, ainda é freqüente a preocupação de conservarem os dirigentes da empresa o controle pela «maioria de ações» representativas da «maioria do capital». Mesmo isto vai-se tornando menos usual nos Estados Unidos, onde já se observa que as mais poderosas entidades, como a **Standard Oil**, a **American Telephone and Telegraph Company**, dispendo de capitais imensos, são controladas por grupos que se distribuem estrategicamente, e controlam sem ter a maioria daqueles, sendo relativamente poucos os casos como dos **Ford** e dos **Mellons**, cuja fortuna pessoal basta ao financiamento empresário (BERLE JR. e MEANS).

A exploração agrícola, que ainda no Brasil ocorre em grande parte em moldes antiquados, encaminha-se para um novo tipo de exploração. Já não é mais econômico o plantio de pequenas áreas lavradas a mão. O que se procura hoje é o encaminhamento para a agricultura mecanizada, e, como esta exige capital-máquina volumoso, tenderá para a concentração (CHALLAY). É, aliás, o que tem havido na França, onde a economia individualista subsequente aos últimos redutos latifundiários se baseava na pequena propriedade explorada pessoalmente, constituindo o regime do microfundio (JANSSE). Verificando os inconvenientes desta política agrária «organizou legislativamente e realizou administrativamente o remembramento da propriedade imobiliária rural».<sup>17</sup>

Um país tradicionalmente agrícola, como o Brasil, de economia fundada na exploração individual da propriedade particular, dificilmente aceitará a transmutação do regime jurídico da propriedade agrícola pessoal para empresária, preferindo o que se passa no momento, que é a mecanização facilitada por entidades públicas, para-estatais ou de economia mista, à modificação do sistema.

Já a propriedade urbana é mais aberta às inovações, não só porque despreendida de uma tradição vetusta, como ainda

---

(16) Cf. ADOLF A. BERLE JR. e GARDINER G. MEANS, *loc. cit.* págs. 22 a 25.

(17) Cf. LUCIEN JANSSE, *La Propriété*, p. 223.

porque a educação do homem cidadão é mais fácil, e consequentemente mais acessível às novidades.

17) E nas cidades surgiu mais cedo e mais pesado o impacto da necessidade de uma solução para os problemas.

As restrições ao direito de propriedade, assinaladas acima, afetaram o complexo jurídico do proprietário urbano. Impressiona, e impressiona fundamentalmente ao que é dono, ver podada a sua faculdade do uso e de fruição da coisa. E desencoraja a inversão imobiliária.

A rentabilidade do imóvel é relativamente pequena, e chega a ser bastante reduzida no confronto com o investimento industrial ou comercial, sem se falar na aplicação usurária, tão em voga nos períodos de inflação. Torna-se ainda mais amesquinhada pela tributação que duplamente suporta: imposto predial ao Município e imposto sobre a renda à União.

Por outro lado, a economia do que não tem casa é frequentemente ameaçada pelo encargo da majoração do tributo municipal, como pelo exercício do direito de retomada para uso próprio, ou reedificação ou reforma substancial.

Os encargos tributários, a maior facilidade de circulação moderna de riqueza, que o direito tradicional não admite na transmissão imobiliária (entravada pela obrigatoriedade do instrumento público, recolhimento do imposto de transmissão **inter-vivos**, imposto sobre lucro imobiliário, avaliação fiscal, etc.) sugerem uma técnica de constituição de sociedade imobiliária de um grupo (comumente doméstico), à qual pertence a propriedade dos bens, ficando as pessoas com títulos representativos. Consegue-se, desta sorte, **converter a propriedade imóvel em coisa móvel incorpórea**, mais maleável, mais facilmente transferível. Fortunas particulares, crescentes com o desenvolvimento econômico do País, vêm sendo aplicadas sob esta modalidade, que permite a conservação da propriedade na pessoa jurídica, e a difusão de seu gozo pelas pessoas naturais, sob a forma de quota ou ação de uma sociedade mercantil.

Aqui, nesta técnica econômica nova, como no plano de obtenção da casa própria pelo maior número, não foi a concentração da propriedade a solução indicada. Mas, precisa-

mente, o oposto: sua **dispersão**. Concentração somente existe nos conjuntos residenciais levantados pelo poder público ou por entidades autárquicas, que são contudo em número tão reduzido que não chegam a contar como técnica de solução.

A iniciativa individual imaginou no **edifício de apartamentos** uma forma nova de domínio, em que a propriedade do solo converte-se em uma quota-parte de um espaço necessário a certa aglomeração.<sup>18</sup> Desloca-se o conceito dominical da exclusividade para a utilização comum, restando o poder exclusivo reduzido a uma unidade no conjunto, e mesmo assim onerada de pesadas restrições.

Não sendo viável a mobilização do capital privado para a realização da grande construção, a propriedade urbana, sob a nova modalidade do edifício de apartamentos, nasce de uma iniciativa empresária. É a **empresã** que possibilita o prédio. E, depois, converte-se êste em uma «situação coletiva», em que sobressai no domínio de um edifício a sua utilização por um agrupamento, submetido a um regime jurídico especial. O apartamento é uma fração do todo. E, como êste todo é apropriado por um grupo ou uma coletividade, no edifício de apartamentos está presente aquêle mesmo fenômeno da dispersão do direito dominical pela coletividade proprietária, a difusão e fragmentação do domínio.

Isto é que se deve denominar **propriedade horizontal**, que encontra na sociedade moderna uma tão grande receptividade, que quase nos leva a esquecer todo o seu passado, e, à vista de sua difusão atual, proclamá-la uma das modalidades dominiais típicas dêste século.

---

(18) Cf. JANSSE, *op. cit.*, p. 226.