



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Patrícia Silva Cardoso

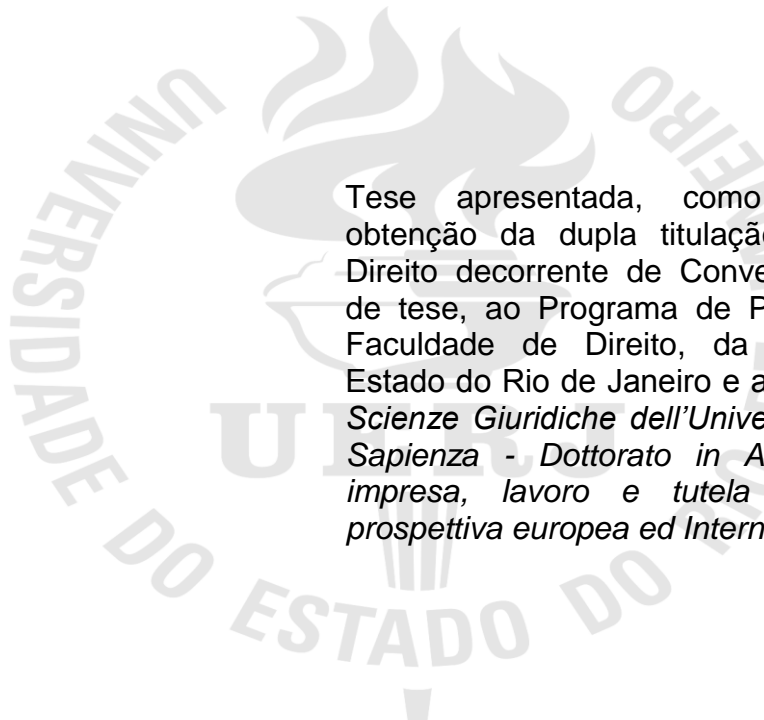
**Função socioambiental e intervenção do Estado na propriedade:
limites e possibilidades à luz da garantia constitucional da
propriedade privada**

Roma

2016

Patrícia Silva Cardoso

Função Socioambiental e intervenção do Estado na propriedade: limites e possibilidades à luz da garantia constitucional da propriedade privada



Tese apresentada, como requisito para obtenção da dupla titulação de Doutor em Direito decorrente de Convenção de cotutela de tese, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e ao “*Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università di Roma- La Sapienza - Dottorato in Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea ed Internazionale*”.

Orientadores: Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama
Prof. Dr. Pier Guido Alpa

Roma
2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C268 Cardoso, Patrícia Silva.

Função socioambiental e intervenção do Estado na propriedade: limites e possibilidades à luz da garantia constitucional da propriedade privada/
Patrícia Silva Cardoso. - 2016.

351 f.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Propriedade privada - Teses. 2. Função social (Direito) –Teses. 3. Meio ambiente – Teses. I. Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 349.4

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Patrícia Silva Cardoso

Função Socioambiental e intervenção do Estado na propriedade: limites e possibilidades à luz da garantia constitucional da propriedade privada

Tese apresentada, como requisito para obtenção da dupla titulação de Doutor em Direito decorrente de Convenção de cotutela de tese, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e ao “*Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università di Roma- La Sapienza - Dottorato in Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea ed Internazionale*”.

Aprovada em 18 de novembro de 2016.

Banca Examinadora:

Prof Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Pier Guido Alpa (Orientador)
Università degli Studi di Roma “ La Sapienza”

Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira da Mota
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Francesco Capriglione
Università degli Studi Guglielmo Marconi

Prof. Dr. Luca di Donna
Università degli Studi di Roma “ La Sapienza”

Roma

2016

DEDICATÓRIA

À minha mãe e ao Augusto.

Combate como as almas fortes e terás o prêmio reservado a elas.

Padre Pio de Pietrelcina

RESUMO

CARDOSO, Patrícia Silva. *Função socioambiental e intervenção do Estado na propriedade: limites e possibilidades à luz da garantia constitucional da propriedade privada*. 2016. 351 f. (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2016.

A presente tese visa investigar as intervenções do Estado na propriedade privada a pretexto do cumprimento da função socioambiental da propriedade, a fim de verificar a possibilidade de indenização pecuniária em decorrência destas intervenções, bem como a necessidade de criação de um conceito de função socioambiental da propriedade. Para alcançar este desiderato, tem lugar, num primeiro momento, a análise da propriedade sob a perspectiva histórica, na qual se sustenta a existência de elementos constantes que caracterizam o fenômeno proprietário na sua evolução, com o objetivo de demonstrar que a noção de apropriação privada é inerente aos povos, por trazer em si mesma um conteúdo de Direito Natural. A propriedade responde a um instinto humano primitivo e se apresenta em todas as sociedades, ainda que de modos variados, como garantia da sobrevivência e da subsistência humanas. Tal premissa permite afirmar a existência de um conceito constante de propriedade que, entretanto, pode apresentar diversas concepções, variáveis conforme o ordenamento jurídico nas quais estão inseridas. Em seguida, referencia-se a função social e suas diversas abordagens, variáveis conforme os contornos ideológicos adotados para a propriedade. Pretende-se demonstrar que a função social não faz parte do conceito de propriedade, mas que, ao contrário, se configura como um elemento externo a balizar as intervenções do Estado na propriedade. Por fim, após o estudo das diversas teorias, promove-se a correlação entre a propriedade e o meio ambiente, com o intuito de esclarecer o conteúdo da função social da propriedade e suas consequências nas propriedades privada, pública e coletiva. Cabe ao legislador compatibilizar o direito fundamental à propriedade com a prossecução dos interesses ambientais e inerentes ao ordenamento do território, podendo conformar, restringir, regular ou concretizar o exercício do direito de propriedade com os interesses ambientais ou ecológicos da comunidade. Para tanto, abordam-se as balizas a serem impostas nas diferentes modalidades de intervenções do Estado na propriedade, ou seja, os limites impostos ao legislador no cumprimento da função socioambiental da propriedade.

Palavras-chave: Propriedade privada. Meio ambiente. Função social da propriedade. Garantia constitucional.

RIASSUNTO

CARDOSO, Patrícia Silva. *Função socioambiental e intervenção do Estado na propriedade: limites e possibilidades à luz da garantia constitucional da propriedade privada*. 2016. 351 f. (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2016.

La presente tesi è volta a investigare gli interventi dello Stato nella proprietà privata aventi come ragione il compimento della funzione socioambientale della proprietà, al fine di verificare la possibilità di indennizzo pecuniario a seguito dei suddetti interventi, così come della necessità della creazione di un concetto di funzione socioambientale della proprietà. Per raggiungere questo obiettivo, si è proceduto, in un primo momento, all'analisi della proprietà in prospettiva storica, nella quale permane l'esistenza di elementi costanti che caratterizzano il fenomeno proprietario nella sua evoluzione, con l'obiettivo di dimostrare che la nozione di appropriazione privata è inerente ai popoli, tale da trarre in se stessa un contenuto di Diritto Naturale. La proprietà risponde a un istinto umano primitivo e si presenta in tutte le società, pur se in modo diverso, come garanzia della sopravvivenza e della sussistenza umane. Tale premessa permette di affermare l'esistenza di un concetto costante di proprietà che, pertanto, può rappresentare diverse concezioni, variabili conformemente all'ordinamento giuridico nelle quali sono inserite. Successivamente, ci si è rivolti alla funzione sociale e ai suoi diversi approcci, variabili in conformità ai parametri ideologici adottati per definire la proprietà. Si vuole dimostrare che la funzione sociale non fa parte del concetto della proprietà, ma che, al contrario, si configura come un elemento esterno che guida gli interventi dello Stato nella proprietà. Infine, in seguito allo studio di diverse teorie, si è avanzata la correlazione tra la proprietà e l'ambiente, con l'intenzione di chiarire il contenuto della funzione sociale della proprietà e le sue conseguenze nelle proprietà privata, pubblica e collettiva. Spetta al legislatore rendere compatibili il diritto fondamentale della proprietà con la realizzazione degli interessi ambientali e inerenti all'ordinamento del territorio potendo conformare, restringere, regolare o concretizzare l'esercizio del diritto della proprietà con gli interessi ambientali o ecologici della comunità. Pertanto, si indicano le linee guida affinché siano imposte nelle diverse modalità di intervento dello Stato nella proprietà, ossia i limiti imposti al legislatore nel compimento della funzione socioambientale della proprietà.

Parole-chiave: proprietà privata. Ambiente. Funzione sociale della proprietà.
Garanzia costituzionale

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	DIMENSÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE: DA RES AO SUJEITO	20
1.1	Apropriação originária e propriedade privada	20
1.2	Fundamentos teóricos da apropriação dos bens: os modelos proprietários	35
1.2.1	<u>A propriedade antiga como modelo objetivo</u>	44
1.2.1.1	A propriedade na Grécia e a concepção aristotélica	48
1.2.1.2	A evolução da propriedade na antiga Roma	65
1.2.2	<u>Entre feudos e frações: a propriedade medieval</u>	87
2	METAMORFOSES DO DIREITO DE PROPRIEDADE: DE <i>IUS</i> A <i>MÚNUS</i>	107
2.1	Propriedade moderna como modelo subjetivo	108
2.2	Crítica ao individualismo: a função social da propriedade	125
2.2.1	<u>As diversas leituras da função social</u>	141
2.3	Propriedade no Direito Europeu: entre liberdade e função social	168
3	O AMBIENTE COMO BEM JURÍDICO E A TEORIA DOS BENS	184
3.1	A crise ecológica e o surgimento da questão ambiental	184
3.2	A tutela jurídica do ambiente	196
3.3	Desdobramentos do bem jurídico ambiental: propostas de solução	212
4	PROPRIEDADE PRIVADA E BEM AMBIENTAL	232
4.1	Propriedade como direito fundamental e garantia constitucional	233
4.2	Dimensões da garantia constitucional da propriedade privada	251
4.2.1	<u>Sentido e extensão da função social da propriedade no Brasil</u>	270
4.3	Restrições à propriedade e papel do Estado: uma ecoditadura?	283
4.4	Função socioambiental da propriedade privada: uma proposta de equilíbrio entre propriedade e ambiente	304

CONCLUSÕES.....	317
REFERÊNCIAS.....	326

INTRODUÇÃO

A propriedade privada suscita acaloradas discussões, frequentemente dotadas de forte conteúdo ideológico, sabidamente pela dificuldade de estabelecer limites entre os seus aspectos econômicos, jurídicos e políticos. Infindáveis são as correntes sobre os fundamentos e os objetivos da propriedade e, apesar das muitas reflexões empreendidas, a questão proprietária ainda se coloca como um problema fundamental das sociedades e dos ordenamentos jurídicos, porque as escolhas atributivas feitas pela sociedade indicam, a partir do que cada sociedade considerar como propriedade ou como o núcleo mínimo da propriedade, como podem ser entendidos os seus fundamentos e a estruturação do tecido social.

Este trabalho ocupa-se de umas das grandes discussões sobre a propriedade privada: a existência ou não de uma função socioambiental da propriedade privada, bem como sua definição e repercussões práticas na estrutura da propriedade. Pretende-se demonstrar que a função social não faz parte do conceito de propriedade, mas que, ao contrário se configura como um elemento externo a balizar as intervenções do Estado na propriedade, condicionando as suas intervenções. Para tanto, principia-se por ressaltar o caráter histórico da propriedade privada, com o objetivo de demonstrar que a noção de apropriação privada é inerente aos povos, por trazer em si mesma um conteúdo de Direito Natural.

Diante de tal dimensão histórica – e não se pode olvidar que estudar a História da propriedade é estudar a própria História do homem – existem elementos que estão constantemente presentes na sua evolução e o caracterizam como um fenômeno mais ou menos constante no desenrolar da relação dos homens com as coisas. Em última análise, essa relação “homem-coisa” ou “sujeito-objeto” se expressa também na relação do homem com o ambiente que o circunda, problemática também variável de acordo com a conformação da sociedade em cada momento histórico.

Clovis Beviláqua¹ aponta que os sentimentos humanos o impelem a buscar no mundo exterior o que lhes dá prazer e evite a emoção contrária. O instinto de conservação é composto por uma força ativa de apropriação dos bens da vida e, ao mesmo tempo, uma força defensiva para assegurar a preservação desses bens. Como o homem vive em sociedade, o impulso de apropriação assume formas sociais, daí surgindo as regras sobre a apropriação, o

¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 4. ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. p. 95-96. v. I.

que não elimina o impulso individual de apoderar-se das coisas do mundo exterior. A apropriação das coisas do mundo exterior se configura como um impulso característico do homem que, desde os primórdios da História, se apropria das utilidades da natureza e cria novas coisas como fruto do seu trabalho, decorrente das necessidades concretas e reais de preservação e sustento.

A propriedade responde, outrossim, a um instinto humano primitivo e se apresenta em todas as sociedades, ainda que de modos variados, como garantia da sobrevivência e da subsistência humanas. O movimento tem início com a apropriação das coisas móveis e prossegue com a fixação do homem na terra, momento em que também se apropria efetivamente do solo que lhe serve de moradia e sustento. Os modelos de apropriação podem se configurar como individuais ou coletivos, ainda que, em um determinado momento histórico, a propriedade coletiva tenha sido adotada, alguns elementos atinentes à propriedade individual e privada estiveram ao mesmo tempo presentes.

José de Oliveira Ascensão² aponta que a conservação e o progresso do homem sobre a terra implicam necessariamente na apropriação e na utilização dos bens exteriores. Abstratamente, todo homem teria direito ao uso dos bens, porém o problema central está em estabelecer o fundamento da apropriação individual das coisas. Exatamente neste ponto se coloca a problemática da propriedade privada e da apropriação originária, e assim justifica-se o título da primeira parte da presente tese, denominada “propriedade privada como problema fundamental”. O objetivo desta parte do trabalho é demonstrar como cada sistema jurídico respondeu à questão através de suas escolhas atributivas, motivadas por contextos e causas essencialmente diversos, que porém retratam a constante necessidade humana de apropriação e dominação das coisas exteriores.

Os diversos fundamentos teóricos da apropriação dos bens produzem variados modelos proprietários, cada qual respondendo às necessidades específicas e particulares do seu tempo e, por tal motivo, podem atingir uma infinidade de formas, variáveis de acordo com os arranjos sociais, econômicos e políticos exigidos para cada momento. Considera-se que a apropriação é o momento pré-jurídico e a propriedade é a roupagem jurídica deste impulso de dominação do homem sobre os objetos exteriores: a propriedade incorpora a noção de apropriação e basta que um sistema jurídico reconheça o interesse sobre uma coisa para seja possível cogitar do fenômeno proprietário.

² ASCENSAO, José de Oliveira. *Direito Civil: Reais*. 5. ed. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 141.

Apesar da variabilidade das disciplinas dos modelos proprietários, entende-se que as formas de apropriação são mais ou menos constantes nas sociedades e possuem elementos comuns aos diversos sistemas legais. Por tal motivo, todo o eixo temático do trabalho está centrado na diferença entre conceito e concepção de propriedade. Parte-se da premissa de que a propriedade é a “relação mais forte que pode existir entre uma pessoa e uma coisa”³. Tal conceito delimita as bases da investigação e será utilizado como norte do percurso investigativo, que tem como objetivo demonstrar as manifestações da propriedade ao longo da História, até culminar na sua concepção contemporânea, na qual o interesse ambiental ganha força e desperta preocupações até então inexistentes na dogmática do Direito.

Defende-se que o conceito de propriedade permanece estável, por incluir elementos-tipo da apropriação que são invariáveis, decorrentes de um conteúdo de Direito Natural. As formas de manifestação do fenômeno apropriativo em cada sociedade – com os seus regramentos específicos e caracteres – configuram as concepções de propriedade: as diversas modalidades nas quais os sistemas jurídicos reconhecem o domínio do homem sobre uma coisa, isto é, o modo como cada sociedade pensa e vivencia a propriedade privada nos diversos contextos históricos.

O fato de o conceito de propriedade proposto se aproximar da teoria objetivista (ou realista) dos direitos reais não significa a desconsideração das demais teorias, tratando-se de opção doutrinária compatível com a ideia de que existe um núcleo mínimo decorrente da apropriação que permite o desenvolvimento das diversas concepções de propriedade. Por isso o conceito de propriedade não se contrapõe às ideias de concepção, dado que esta, enquanto instituto jurídico, é também um reflexo da estrutura social, econômica e política de uma sociedade em um determinado momento histórico.

Isto posto, a primeira parte da tese propõe a análise do problema fundamental da propriedade sob a perspectiva das diversas concepções deste conceito. Os capítulos I e II têm como objetivo a demonstração das formas de manifestação do fenômeno proprietário (e da apropriação num sentido filosófico), nos diversos ordenamentos jurídicos apontados, qualificada como direito subjetivo, *dominum* ou *Eigentum*⁴.

Com vistas a demonstrar esta articulação entre propriedade e sociedade, optou-se por destacar três momentos históricos considerados como fundamentais para a compreensão da

³ A noção se aproxima da definição de Honoré, que a define provisoriamente como “o mais amplo interesse possível reconhecido por um ordenamento jurídico desenvolvido (ou maduro)”. Cf. HONORÉ, Anthony Maurice. *Ownership*. In: _____. *Making law bind*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 371-375.

⁴ A expressão é usada por: CANDIAN, Albina; GAMBARO, Antonio; POZZO, Barbara. *Property, propriété, Eigentum: corso di diritto privato comparato*. Padova: Cedam, 1982.

concepção atual que se tem da propriedade, destacando-se três momentos fundamentais, determinante para a configuração atual do estatuto proprietário: a propriedade feudal; a passagem da propriedade feudal para a propriedade moderna; e o reconhecimento de uma propriedade funcionalizada, que vai além do mero individualismo jurídico⁵.

Dos antigos procede a herança de um modelo objetivo; dos modernos, o despontar da subjetividade é oferecido como legado importante para a sistematização e o desenvolvimento de novos conceitos jurídicos. Dentro do modelo antigo de propriedade, dito objetivo, será analisada a propriedade na Grécia e no Direito Romano. Optou-se por estes dois modelos pelas seguintes razões: i) a perspectiva grega da propriedade, usualmente pouco estudada no plano jurídico, reflete a cosmovisão do período, que influenciou fortemente os romanos na parte cultural, em especial as obras dos grandes filósofos e dos epicuristas; ii) o Direito Romano, essencialmente prático, se configura como uma “espécie de arte do justo, do bom e do equitativo”, e tal perspectiva romana pode contribuir para o estudo da função social da propriedade e para os seus desdobramentos.

É importante também a conexão entre propriedade e participação política, que era uma preocupação na Grécia antiga, dado que a titularidade de terras repercutia decisivamente na participação política e na qualidade de cidadão. Outro aspecto relevante é a contribuição de Aristóteles para a busca de um justo objetivo e a repercussão de suas teorias na dinâmica da propriedade privada. O filósofo aponta a utilidade da propriedade privada e aduz que os indivíduos tendem a cuidar melhor das coisas que lhe pertencem e, via de regra, demonstram pouco zelo com as coisas postas em comum; porém ressalta a necessidade de uma dimensão social da propriedade, vindo a propor um modelo ideal no qual a propriedade privada conviva com o uso comum, que não descure das necessidades da *pólis*. A apropriação individual exigiria algum regramento moral ou social para que pudesse redundar no bem da *pólis*, noção de certo modo embrionária de uma futura função social da propriedade⁶.

Considerando que grande parte dos sistemas jurídicos europeus possui uma base romana, assim como o sistema jurídico brasileiro, optou-se pela inclusão deste momento histórico na presente tese, em especial pela existência de acaloradas discussões sobre a existência ou não do conceito de direito subjetivo em Roma, na figura do *Dominum ex iure*

⁵ TORRES, Marcos Alcino. O impacto das novas ideias na dogmática do direito de propriedade. In: MOTA, Mauricio (Org.). *Transformações do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 83.

⁶ O contributo de Aristóteles é considerado como fundamental para o estabelecimento das bases da função social da propriedade por: MOTA, Maurício Jorge Pereira da. O contributo aristotélico para a formação do pensamento jurídico ocidental. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 281-307, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10804/8405>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

Quiritium. Uma questão importante no Direito Romano é que, apesar da inexistência da noção de direito subjetivo como hoje concebida, observa-se que a noção de *dominium*, ainda que não qualificada como direito subjetivo, traz as noções de pertencimento e exclusão, expressas nas palavras latinas *meum* e *tuum*.

Posto que o Direito Romano está baseado em categorias diversas e numa cosmovisão de mundo particular, tem-se também, ao menos até a República⁷, uma forte dimensão de tutela coletiva, inexistente nos ordenamentos modernos. Porém a noção dos bens coletivos (*res in usu publico*) não impede o reconhecimento de “direitos individuais”, obviamente não nos termos hoje considerados. Assim, do Direito Romano pode-se tirar a lição da justa medida e do equilíbrio decorrentes da concepção do Direito como uma ordem objetiva que tem uma base natural, um Direito Natural objetivo que repercute no regime da propriedade.

A Idade Média, frequentemente apontada como a Idade das Trevas pelos seus detratores, configurou-se como um período de grande criatividade jurídica, no qual foram enfrentados sérios problemas políticos e sociais. O esfacelamento do Império Romano e a consequente perda da *Pax Romana* trouxeram forte insegurança para as populações que anteriormente consideravam-se protegidas, o que pode ser demonstrado pela série de invasões sofridas pela cidade de Roma, ocorridas com certa constância e promovidas por povos de origens diversas. A cada nova invasão, um novo Direito e novos costumes foram apresentados. Desse caldeirão em ebulição, no qual a cultura romana se mistura com a cultura bárbara, o Direito escrito se funde com diversos Direitos não escritos e de base consuetudinária, emerge um Direito intermédio, que abre espaço para variadas formas de manifestações do fenômeno proprietário, situadas entre o *dominium* e a *Eigentum*.

Datam desse longo período a instituição do domínio dividido, decorrente das relações de suserania e vassalagem, bem como o desenvolvimento e a permanência de instituições de propriedade coletiva, numa grande diversidade de manifestações dos arranjos proprietários em uma sociedade de incertezas. A terra parece se tornar de algum modo protagonista e a capacidade de adaptação e a criatividade humana entram em ação. Com a queda do Império e o regime de transação até a Idade Média, novos elementos foram inseridos no direito de propriedade que paulatinamente ganhou conotações mais individualistas, a começar com Guilherme D’Ockam e a querela da pobreza com o Sumo Pontífice.

⁷ Cf. DI PORTO, Andrea. *Res in usu publico e beni comuni: il nodo della tutela*. Torino: Giappichelli, 2013. p. XIII.

Os embates ocorridos no período prepararam o terreno para o que vai mover os próximos séculos, trazendo uma diversa roupagem ao direito de propriedade, que se move de um patamar objetivo para uma esfera essencialmente subjetiva, a culminar no individualismo proprietário moderno. As origens do individualismo remontam às revoluções constitucionais ocorridas e às Declarações de Direitos, que inauguram um novo período de limitação do poder do soberano mediante o estabelecimento de garantias individuais aos súditos, também relacionadas ao surgimento dos Estados nacionais.

O individualismo tem como grande marco legislativo o *Code Napoléon*, expressão da vitória da propriedade jusnaturalista sobre as teses socializantes e abolicionistas. No século XX, em especial no período posterior à Segunda Guerra Mundial, o individualismo é questionado, propondo-se um modelo para um momento mais objetivo, expresso no reconhecimento de uma função social da propriedade nas Constituições europeias em geral. Tão variadas são as leituras da função social que é tarefa difícil estabelecer o seu conceito, tentativa empreendida por doutrinadores e estudiosos do tema ao longo de toda a segunda metade do século XX.

Diante da impraticabilidade de definição de um único conteúdo, a noção restou prevista nas Constituições como uma fórmula retórica, muitas vezes esvaziada de um conteúdo concreto, o que gerou a crescente perda de importância prática da noção no contexto europeu. Apesar disto, a Constituição brasileira, promulgada em 1998, e o Código Civil, que entrou em vigor no ano de 2003, preveem a noção que vem sendo acolhida pela doutrina e jurisprudências nacionais com grande entusiasmo. As razões que motivaram tal recepção, bem como a discussão sobre a natureza jurídica, a possibilidade e a utilidade da construção como um conceito de função social da propriedade, serão devidamente examinadas no item 2.2.1.

Diante da inspiração europeia para a inserção da cláusula da função social da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, optou-se por dedicar o item 2.3 ao estudo da propriedade no Direito Europeu e da tensão entre a propriedade-liberdade e a propriedade-função neste contexto. Com a nova proclamação do Tratado de Nice (2007), o catálogo de direitos fundamentais da União Europeia tornou-se vinculativo, dentre os quais se inclui o direito de propriedade. Por outro lado, em muitos países-membros, a propriedade é apenas considerada como um direito econômico, dependente de configuração legal.

A Carta Europeia de Direitos Humanos pauta-se na visão jusnaturalista dos direitos fundamentais. Nesta esteira, as decisões da Corte Europeia de Direitos dos Homem tem reconhecido um conteúdo mínimo de base constitucional à propriedade, o que retoma a

contraposição entre um modelo individualista e um coletivista, deixando entrever um conflito ideológico entre os Tribunais Constitucionais e a Corte Europeia. Liberdade e função social mais uma vez colidem.

A discussão volta a estar centrada na alternância de valores, o que faz parecer que existe uma certa pendularidade nos movimentos históricos, que se alternam entre fases mais ou menos subjetivistas na abordagem da propriedade privada. Apesar da dita alternância, verifica-se que as ideias de apropriação e exclusão se encontram presentes nos diversos contextos históricos, ainda que cada qual tenha a sua cosmovisão própria. Assim, mais uma vez justifica-se a utilidade da diferenciação proposta entre conceito e concepção de propriedade, o que também implica em diversas concepções do conceito de função social, influenciadas pelo modelo no qual a propriedade está inserida.

Além disso, discute-se sobre a extensão da garantia da propriedade privada numa democracia constitucional, o que importa em uma reflexão sobre o conteúdo constitucional da propriedade e seu núcleo essencial no contexto contemporâneo, tanto no plano vertical (entre o Estado e os cidadãos) como no plano horizontal (entre particulares). Um ponto importante sobre garantia constitucional diz respeito à ampliação desta para incluir no seu bojo todos os direitos patrimoniais. Outra questão não menos importante é a proposta de ampliação do conceito de propriedade para incluir realidades imateriais tais como o bem ambiental.

Quanto à relação Estado-indivíduo, avulta em importância o estudo do sentido das limitações à intervenção na propriedade privada e das prestações que a citada garantia pode exigir do ente estatal. Aqui se vislumbra a interseção entre a primeira e a segunda partes do estudo, que reside na conexão entre a propriedade e o meio ambiente, uma discussão que também se coloca entre a liberdade de iniciativa e a proteção ambiental, valores igualmente tutelados na sociedade contemporânea.

Por tal motivo, a Parte II intitula-se “Propriedade privada e meio ambiente: entre a liberdade e a proteção” para configurar a inevitável tensão que se instaura entre dois valores potencialmente colidentes, mas que devem ser supostamente integrados numa dita função socioambiental da propriedade, temática central do presente estudo. Por isso, o capítulo III, que inaugura a segunda parte da presente tese, é dedicado ao ambiente como bem jurídico e sua repercussão na teoria dos bens, e o capítulo IV é voltado para a articulação entre a propriedade privada e o bem ambiental, para ressaltar a conexão entre o meio ambiente e a propriedade privada e a suposta necessidade da definição de uma função socioambiental da propriedade.

Com o intuito de destacar a historicidade da emergência do interesse ambiental na esfera jurídica, o item 3.1 tem o escopo de enaltecer o contexto que propiciou o surgimento da preocupação ambiental e a opção por uma tendência protetiva que se reflete na legislação do setor. Cumpre esclarecer que os graves danos causados pelo longo período de guerras mundiais estimularam a aproximação dos povos em busca da tão sonhada “paz mundial” (de certo modo, “roubada” desde a perda da *Pax Romana*). A tomada de consciência sobre os fatais erros cometidos no período abre espaço para o surgimento de organismos internacionais, aos quais é outorgada a missão de promover a aproximação e a integração dos diversos povos que compõem a humanidade, dentre eles o Fundo Monetário Internacional (FMI), a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Organização das Nações Unidas (ONU) e o Fundo Monetário Internacional⁸.

O nascimento da preocupação ambiental, impulsionada pelos movimentos ambientalistas norte-americanos e ingleses da década de 1970, encontra eco no movimento estudantil: estimulados pela Primavera dos Povos e pelas propostas de mudanças na busca de um ideário de uma sociedade mais livre e igualitária, os estudantes norte-americanos denunciam uma crise ecológica mundial e exortam ao surgimento de uma consciência ecológica. A questão ambiental se torna uma questão global e o meio ambiente desponta como um interesse a ser tutelado e erigido a valor constitucional em muitas democracias contemporâneas que, apesar das diferenças, teriam a condição humana, bem como uma *Casa Comum*, a natureza, considerada como uma espécie de “*Mãe Terra*”, geradora de todos os povos.

O movimento ambientalista denuncia a irrupção de uma crise ecológica mundial sem precedentes, que teria levado o planeta aos limites do desenvolvimento e, assim, colocando a própria existência humana em risco. Importa ainda mencionar que a suposta “Revolução Ambiental” traz ainda a pauta das normativas internacionais inseridas num plano tendente ao globalismo, que impõe a adoção de soluções padronizadas para os problemas enfrentados. Na esteira das preocupações globais com o futuro do planeta, desponta o Direito Ambiental como ramo autônomo do Direito, com objetivo de tutelar o valor ambiental pleiteado pela ecologia.

Os diversos modelos de tutela serão devidamente analisados no item 3.2 do presente trabalho. As consequências da elevação do ambiente a um interesse juridicamente tutelado na teoria dos bens, dentre elas a questão da titularidade, dos limites à apropriação e da ampliação do objeto do próprio direito de propriedade serão abordadas no item 3.3. Se até meados do

⁸ De outra feita, a integração econômica europeia gradativamente vai ganhando maior alcance até atingir a forma da União Europeia no Tratado de Roma, com as posteriores alterações promovidas pelo Tratado de Lisboa.

século passado o meio ambiente era considerado apenas o entorno no qual viviam os seres humanos, tratando-se de *res nullius*, qualificado como um bem fora do comércio ou impróprio, atualmente existem novas teses sobre a sua natureza jurídica, inclusive as que pretendem atribuir-lhe uma personalidade jurídica própria ou mesmo conceder-lhe algum tipo de direito ou proteção mais efetiva, o que redundaria na necessidade de adoção de medidas protetivas por parte dos Estados Nacionais, as quais podem colidir com a propriedade.

A relação entre a propriedade como expressão da autonomia e da liberdade, em cotejo com a proteção ao meio ambiente será examinada no capítulo IV. O item 4.1 versará sobre a concepção da propriedade privada como um direito subjetivo e uma garantia do indivíduo diante do Estado. O item 4.2 parte da dimensão vertical dos direitos fundamentais, para proceder ao exame da dupla face da propriedade enquanto direito fundamental e suas repercussões na construção de um conceito de função social ou socioambiental. O item 4.2.1 enfrenta o exame do sentido e da extensão da função social da propriedade no Brasil, questão central para a articulação entre a propriedade e o valor social representado pelo meio ambiente.

A relação vertical entre o indivíduo e o Estado deve ser pautada por algumas premissas, para que as intervenções estatais sejam legítimas e não se configurem como atos arbitrários e não fundamentados. Tais premissas são abordadas no item 4.3. Por seu turno, no item 4.4, último item do Capítulo IV, investiga-se a função socioambiental da propriedade no Brasil e as suas manifestações na forma de limites impostos ao direito de propriedade, de modo a verificar a sua natureza jurídica e os limites de sua aplicação no ordenamento jurídico nacional.

Outro ponto importante refere-se à distinção entre as modalidades de intervenção a pretexto do cumprimento da função social e seus limites. Cabe ao legislador compatibilizar o direito fundamental à propriedade com a prossecução dos interesses ambientais e inerentes ao ordenamento do território, podendo conformar, restringir, regular ou concretizar o exercício do direito de propriedade com os interesses ambientais ou ecológicos da comunidade. Abordam-se as balizas a serem impostas nas diferentes modalidades de intervenções do Estado na propriedade, ou seja, os limites impostos ao legislador no cumprimento da função socioambiental da propriedade.

Os limites servirão como ponto de referência para verificação da ressarcibilidade das intervenções. Para tanto, considera-se que inserção da dimensão da utilidade privada na função ambiental no conteúdo mínimo da propriedade uma exigência inafastável do texto constitucional. Trata-se de dimensão objetiva dos direitos fundamentais também aplicável ao

direito de propriedade, variáveis conforme a modalidade de intervenção promovida a pretexto do cumprimento da função socioambiental.

PARTE I
PROPRIEDADE PRIVADA COMO PROBLEMA FUNDAMENTAL

1 DIMENSÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE: DA RES AO SUJEITO

1.1 Apropriação originária e propriedade privada

A propriedade privada como instituição jurídica é um tema polêmico e multifacetado. Cuidar do tema da propriedade significa averiguar os limites da apropriação dos bens e dos motivos que ensejam a sua tutela jurídica, numa obrigatória articulação entre o homem, a natureza e o grupo. A verificação do sistema de relações de apropriação das utilidades permite definir a posição do indivíduo em face da sociedade e a determinação das relações de troca e produção⁹. Trata-se de temática na qual a complexa articulação entre o Direito e a Economia se faz sentir.

Historicamente, o homem tem promovido vários modos de se relacionar não só com os outros homens, mas também com o ambiente no qual vive e subsiste. Dentro deste emaranhado de relações entre os homens, e também com a natureza que lhe traz sustento, insere-se a primeira parte do presente trabalho, que tem como objetivo a demonstração do caráter complexo do fenômeno proprietário. Os diversos modelos de tutela da propriedade e do meio ambiente nada mais são do que propostas contextuais para a resolução do problema central da apropriação e das relações de pertinência do homem sobre os bens/coisas.

A relação entre o homem e o seu meio sempre foi fundamental na luta pela sobrevivência e, dentro de cada modelo, o processo de compreensão e dominação da natureza pelo homem insere-se como vertente fundamental para a apreensão da extensão do fenômeno da apropriação em cada uma das sociedades estudadas. A interferência do homem na natureza não é nova, o que se verifica ao longo da história é uma mudança na visão de mundo do homem que repercute na sua relação com o meio que o circunda, na sua ação no meio natural.

A propriedade, independente do fundamento adotado, se configura como instituto central dos sistemas jurídicos, justamente porque responde à questão básica da alocação de recursos na satisfação das necessidades básicas do homem. A forma pela qual a propriedade se manifesta espelha também as relações que se colocam entre o homem e o meio que o circunda, atribuindo-se ao primeiro um direito sobre o que por ele pode ser apropriado e modificado pelo seu trabalho.

⁹ BRITO, Miguel Nogueira. de. *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: FFMS, 2010. p. 9.

A questão traz repercussões importantes no Direito e na Economia. Enquanto o primeiro preocupa-se em definir as titularidades que decorrem da repartição dos bens na sociedade através de critérios de justiça, além de estabelecer mecanismos que impeçam que o “meu” possa ser apropriado por quem é estranho à relação que se estabelece entre o sujeito e a coisa; a segunda tem como objeto de investigação essa mesma distribuição, sob a perspectiva de promover a alocação de recursos escassos.

A Economia torna-se mais forte e define-se como ciência apartada da Filosofia e da Ciência Política com o surgimento da sociedade de mercado e sob os auspícios da Revolução Industrial, colocando a temática da escassez de recursos como questão central. Anteriormente, a terra era a medida da riqueza por excelência e a subsistência dependia essencialmente do seu cultivo, o que tornava a relação do homem com a natureza mais íntima, pois a grande maioria das pessoas vivia no campo e explorava as utilidades naturais, diretamente, como fonte de sobrevivência. Com a produção de bens industrializados e a migração do campo para a cidade, a subsistência passou a ocorrer através de intermediários das cadeias de produção. Tal mudança gerou uma mudança radical do modo do homem perceber e se relacionar com a natureza.

No presente capítulo, principiou-se pela análise da evolução histórica da propriedade, partindo-se de algumas premissas: a) a instituição da propriedade privada e seu reconhecimento jurídico são fundamentais para a vida em sociedade porque estabelecem meios pacíficos de solução para a temática da apropriação e da produção de riquezas¹⁰; b) a noção de que “a história da propriedade é sempre uma reunião de muitas histórias”¹¹, o que significa que não é possível a exata apreensão do fenômeno proprietário pela simples verificação de sua dimensão jurídica, sendo de fundamental importância o exame de pontos referentes à filosofia do patrimônio e à economia; c) na história das sociedades, pode-se notar a alternância de movimentos pendulares: por vezes o interesse do indivíduo prevalece e em outras o interesse do grupo parece ganhar mais força; d) o desequilíbrio na relação do homem com a natureza gerou problemas ecológicos que refletem a tensão anteriormente citada entre o público e o privado, entre a conservação e o desenvolvimento, ressaltando, em especial, a importância da gestão de determinados bens, objetos do direito de propriedade que, ao mesmo tempo, são destinatários de uma tutela ambiental protetiva.

¹⁰ HOPPE, Hans Hermann. *A ética e a economia da propriedade privada*. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=200>>. Acesso em: 25 maio 2015.

¹¹ PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà: storia come evoluzione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 7.

A perspectiva histórica da análise no fenômeno proprietário não importa adesão ao materialismo dialético e nem à definição de que a propriedade é relativa e pode ser suprimida pelas leis que derivam do poder estatal. Parte-se da análise histórica apenas para demonstrar a universalidade do direito de propriedade, conforme aduz Leo Strauss¹²: “a história parece antes provar que todo pensamento humano e, certamente, todo pensamento filosófico, está voltado para os mesmos temas ou os mesmos problemas fundamentais”.

Em todas as sociedades, desde a primitiva até a mais avançada, o fenômeno proprietário se faz presente e demonstra a impossibilidade de se criar uma comunidade sem o seu reconhecimento¹³. A repartição dos bens apropriáveis entre os homens e, de certo modo da própria terra, se dá para garantir a segurança da vida social, que assim é preservada da violência e das infinitas disputas entre os homens.

Frise-se, ainda, que este estudo não tem a pretensão de esgotar o tema e apresentar uma visão completa do panorama histórico do direito de propriedade, nem mesmo uma detalhada reconstrução das teorias econômicas e filosóficas. Pretende-se tão somente trazer algumas luzes sobre a questão mediante o desenvolvimento de uma perspectiva interdisciplinar do fenômeno jurídico. Ainda, para além das diversas concepções teóricas a serem apontadas, entende-se que a instituição da propriedade privada – qualificada em determinada época da modernidade como direito subjetivo – é indispensável à boa convivência entre os homens e fundamental mecanismo de distribuição de riquezas.

Rejeitam-se as teorias abolicionistas do direito de propriedade e entende-se que a propriedade privada apresenta papel relevante na estruturação da sociedade enquanto instituto garantidor de estabilidade social¹⁴. De outra parte, reconhece-se que os conflitos que envolvem a posse e a propriedade dos bens não são poucos e devem ser solucionados de modo a compatibilizar os direitos individuais com o papel por eles desempenhados dentro do contexto social: essa é uma das funções das normas jurídicas.

Outrossim, partindo-se da premissa de que a história da propriedade está diretamente ligada à história do próprio homem e da sua relação com a natureza, analisou-se, neste primeiro capítulo, como a propriedade se desenvolveu ao longo de alguns momentos históricos, considerados especialmente relevantes, e quais foram as respostas das sociedades à problemática proprietária, isto é, o regramento estabelecido pelos homens na disposição das

¹² STRAUSS, Leo. *Direito natural e história*. Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 29.

¹³ Cf. PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 23.

¹⁴ GAMBARO, Antonio. La proprietà: beni, proprietà, comunione. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo. *Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1990.

coisas economicamente apreciáveis e a relação que se estabelece entre estes e a natureza. A reflexão sobre o assunto não pode passar imune à análise da fundamentação metajurídica, englobando as questões éticas e filosóficas subjacentes a cada um dos modelos proprietários estabelecidos.

Uma primeira reflexão se coloca acerca da compreensão semântica da palavra propriedade. Propriedade vem do latim *proprius* e indica a relação entre um indivíduo e um objeto¹⁵. Ensina Eduardo Espínola que o critério fisionômico tradicional da propriedade se relaciona “ao sentimento humano de ser sua a coisa, de lhe pertencer de modo completo e exclusivo”¹⁶. Isso significa que a palavra propriedade evoca as noções de pertencimento e apropriação individual e, muitas vezes, é utilizada na linguagem corrente como sinônimo de posse, gozo ou disponibilidade.

Aqui uma precisão se faz necessária: se é verdade que a ideia de propriedade em sentido amplo deve levar em consideração elementos metajurídicos que a influenciam. Uma vez que a “propriedade” também é objeto de estudo de outras áreas do conhecimento, cabe ao estudioso do Direito buscar uma definição jurídica para ela e trazer clareza à questão. O estudo interdisciplinar apenas significa que outras dimensões do fenômeno humano não devem ser desconsideradas, mas, como cada área do conhecimento tem os seus conceitos e institutos próprios, compete ao jurista definir o seu sentido técnico-jurídico. Salutar é o estudo de outros setores, desde que se leve em conta que a conceituação técnica das realidades é elemento fundamental para a sustentação do alicerce jurídico, e a linguagem técnica não pode ser menosprezada ou flexibilizada em prol de uma suposta comunicabilidade entre os ramos do conhecimento¹⁷.

Neste estudo, defendeu-se o argumento de que a noção de propriedade é universal e inerente à própria condição humana, tratando-se de um direito natural de caráter uniforme, que possui suas diversas manifestações ao longo da história. Em suma: trata-se do domínio de um homem sobre um objeto suscetível de apropriação, de um poder que alguém estabelece sobre uma coisa. Ainda que autorizada doutrina sustente inexistir uma noção unívoca de propriedade, imutável no tempo e no espaço, preferindo usar a palavra no plural, “propriedades”, porque refletiria melhor o caráter complexo do instituto, e ainda que a definir

¹⁵ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexo causal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 32.

¹⁶ ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Atualizada por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002. p. 150.

¹⁷ “Até mesmo fora das temáticas jurídicas, incluindo algumas linguagens técnicas distintas da linguagem comum, surge o vocábulo ‘propriedade’” (TARELLO, Giovanni. *La disciplina costituzionale della proprietà: Lezioni introduttive*. In: _____. *Corso di diritto civile 1972-73*. Genova: Ecig, 1973. p. 7-8. (tradução livre).

seja tarefa ingrata, visto que “não tem e nunca teve um significado unívoco, pois pode significar muitas coisas”¹⁸, cabe ao estudioso, ao menos, a sistematização das diversas acepções jurídicas do fenômeno.

O vocábulo “propriedade” tem tradução semelhante em outras línguas, correspondendo, grosso modo, ao significado da palavra em português: em italiano, diz-se *proprietà*; em francês, *propriété*; em alemão, *Eigentum*. Quanto aos países de língua inglesa, as expressões *property* e *ownership* não correspondem exatamente ao significado do instituto nos países de tradição romano-germânica, onde seu conteúdo é bastante ampliado e engloba situações que têm tal caráter pessoal para a tradição de *Civil Law*¹⁹.

Caio Mário da Silva Pereira pondera, com muita acuidade, as dificuldades de conceituação do fenômeno, ao dizer que “propriedade mais se sente do que se define, visto que a ideia de ‘meu’ e ‘teu’, a noção do assenhoreamento de bens corpóreos e incorpóreos independe do grau de conhecimento ou do desenvolvimento intelectual”²⁰. A força desse ensinamento permite vislumbrar que a noção de propriedade tem algo de intuitivo, pois ao homem são naturais a convivência e a apropriação de utilidades que servem à satisfação de suas necessidades. Tanto isso é verdade que a noção da apropriação pertence ao patrimônio semântico das sociedades mais antigas e, desde a Idade Pré-histórica, quando em tese a propriedade era comum, uma remota noção de apropriação individual dos objetos pessoais também se pode inferir do sepultamento dos mortos juntamente com os seus pertences, como se estes qualificassem ou dissessem algo sobre o falecido²¹. Essa relação homem-coisa obviamente tem acepção muito diversa da noção de *dominus*, sendo apenas colocada a título ilustrativo, como “semente remotíssima” da noção de assenhoreamento individual.

O conceito de “meu”, *meum esse*, estava remotamente presente mesmo nas sociedades onde tudo era comum, justamente porque a base da propriedade privada se funda no pertencimento de um objeto a um indivíduo com a exclusão de todos os outros. Tal conceito torna-se importante para o Direito a partir do momento em que o homem passa a se apropriar das coisas e a estabelecer titularidades, momento em que se estabelecem relações de

¹⁸ No original: “La parola proprietà non ha oggi, se mai ha avuto, un significato univoco. Anzi troppe cose essa designa perché possa essere adoperata con la pretesa di essere facilmente intesi. In ogni caso, l’uso di essa, con le cautele e i chiarimenti necessari, anche se si protrarrà ancora nel prossimo futuro, non può ormai mantenere l’illusione che all’unicità del termine corrisponda la reale unità di un saldo e compatto istituto” (PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà e le proprietà* (con riguardo particolare alla proprietà terriera), In: _____. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1954. p. 33).

¹⁹ Sobre o tema, consultar MOCCIA, Luigi. Il modello inglese di proprietà. In: ALPA, Guido et al. *Diritto privato comparato: istituti e problemi*. Roma/Bari: Laterza, 2012. p. 45-164.

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil IV: direitos reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 74.

²¹ PELLERINO, Giovanni. *L’idea di proprietà: storia come evoluzione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 15.

pertinência e exclusão em relação ao objeto cogitado. A atribuição a cada indivíduo de poderes sobre uma coisa, que fica sujeita aos seus interesses, torna possível a convivência social, e o respeito a esses direitos individuais organiza as relações de apropriação.

É sabido que os modelos proprietários podem mudar ao longo do tempo e, normalmente, muitas são as alterações ocorridas; contudo o objetivo precípua e constante da apropriação é a satisfação das necessidades do homem. Desde os primórdios, a vida em sociedade e a apropriação de utilidades para a subsistência são elementos caracterizadores da espécie humana, o que demonstra que a temática da propriedade revela a evolução dos homens e as relações que se estabelecem entre eles, abrangendo questões de economia, filosofia e sociologia, temas complexos e intrigantes, que não podem passar imunes à análise jurídica.

Em meio a tantos elementos e concepções, cabe ao estudioso a tarefa de precisar a extensão e o alcance do conceito hoje, levando em consideração que ele traz em si um paradoxo: qualquer justificativa de atribuição de propriedade a alguém é, ao mesmo tempo, um fundamento para a não atribuição de propriedade a um outro alguém. Sobre essa contradição entre pertinência e exclusão, inerente ao conceito de propriedade, adverte Robert Gordon, em seu texto “Paradoxal property”: “Cada afirmação de apropriação privada é, ao mesmo tempo, ato de exclusão de todo o resto, o que remonta à apropriação e ao pertencimento de uma coisa a alguém”²².

Outrossim, para uma melhor compreensão do tema, impõe-se uma reflexão sobre a noção de apropriação privada e seu percurso histórico mediante o dimensionamento da questão proprietária nas diversas sociedades, verificando como foram reguladas e interpretadas as titularidades no contexto de diversos ordenamentos jurídicos, em especial pela tradição jurídica europeia. Ao longo do presente capítulo, analisaram-se alguns arquétipos proprietários, com o objetivo de demonstrar que a propriedade é um fenômeno complexo, que varia a sua feição conforme a sociedade em que está inserida.

Tais modelos nada mais são do que propostas contextuais para a resolução do problema central da apropriação e das relações de pertinência do homem sobre os bens/coisas e, apesar da variabilidade dos fundamentos filosóficos e jurídicos adotados por cada um deles, não se pode olvidar que a propriedade se configura como instituto basilar dos sistemas

²² GORDON, Robert W. Paradoxical property. In: BREWER, John; STAVES, Susan. *Early moderny conceptions of property*. 2. ed. Oxford: Routledge, 1996. No presente capítulo, os termos “coisa” e “bem” são utilizados como sinônimos. Contudo, no decorrer da presente tese, as diversas correntes teóricas sobre o tema serão expostas, a fim de facilitar o estudo do bem ambiental. Optou-se pela referida sistemática por entender que o momento não é metodologicamente adequado para o desenvolvimento da temática, que é controvertida na doutrina. Assim, a referida diferenciação técnica foge ao âmbito do presente capítulo.

jurídicos, justamente porque responde à questão central da alocação de recursos na satisfação das necessidades básicas do homem. Apesar das diversidades, todo sistema jurídico assegura, em suas próprias medidas, a possibilidade de que alguém se aproprie de bens e os utilize em seu próprio proveito, excluindo terceiros da sua utilização.

Porém, como a propriedade se manifesta antes do desenvolvimento do próprio Direito, é importante verificar como, ao longo dos séculos, as sociedades entendiam e vivenciavam a atribuição e repartição dos bens. Richard Posner²³ aponta que a propriedade é efetivada socialmente, o que significa que os acordos sobre a propriedade decorrem do consenso social sobre a utilidade e a eficiência de certas regras, que funcionam melhor quando as pessoas as conhecem e as apoiam de forma clara. Assim, uma análise do fenômeno proprietário apenas sob a ótica jurídica é insuficiente e reducionista, pois a ideia do que cada sociedade faz da propriedade revela muito sobre seu sistema econômico, seus meios de produção e suas instituições políticas.

Se a propriedade se relaciona com a posição que um homem ocupa em relação a um bem, é necessário verificar como se estabelecem essas relações em contextos sociais diversos. A qualificação jurídica dessa relação é importante, bem como a definição dos seus elementos, porque a definição das titularidades determina os modos de apropriação e repartição dos bens disponíveis e delinea toda a estruturação do sistema jurídico que lhe é subjacente. Os sujeitos estão em processo de constante transformação e interação no contexto social: relações se estabelecem entre pessoas, entre o titular da propriedade e todos aqueles que não possuem tal propriedade, relações de pertinência e exclusão que determinam como deve ser tutelada a apropriação de uma coisa pelo sujeito, no sentido de definir o conteúdo do seu direito e a sua extensão.

Em meio a um “oceano de opiniões”²⁴ e polêmicas, a definição econômica pode contribuir para a análise da questão. Sob essa ótica, a propriedade pode ser definida como “a reunião de relações econômicas e sociais que definem a posição de cada um a respeito da utilização de recursos escassos”²⁵, e estabelece os vínculos jurídicos que definirão o sistema produtivo e econômico. Para além da discussão jurídica, o problema do pertencimento é uma

²³ POSNER, Richard A. Hegel and Employment at Will: A Comment. *Cardozo Law Review*, v. 10, 1625-1636 (1989). Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2814&context=journal_articles>. Acesso em: 18 jan. 2016.

²⁴ RINALDI, Francesco. *Proprietà privata, beni pubblici e “beni comuni”*. Disponível em: <http://www.dirittifondamentali.it/unicas_df/attachments/article/296/Rinaldi_proprietà%20privata,publici,comuni.pdf>. Acesso em: 10 maio 2015.

²⁵ FURUTBON, E.; PEJOVICH, S. Property rights and economic theory: a survey of recent literature. *Jour. Econ. Liter.*, n. 10, 1972.

realidade econômica e social que exige uma tomada de posição, no sentido de que importa saber quais são as regras que determinam o que “me pertence” e o que “pertence aos outros”.

Por conta disso, a problemática proprietária não se põe num contexto hipotético no qual existe apenas um homem e os recursos são abundantes, como no caso de Robinson Crusoe na sua ilha. A questão se torna relevante com a chegada de um “outro alguém” com quem dividir o espaço territorial e suas utilidades, o que traz novas considerações sobre o fundamento e a necessidade de regras que diferenciem o *meum* do *alter*.

Em uma brevíssima digressão histórica, pode-se afirmar que, nos primórdios da humanidade, o homem, vivendo da caça e da pesca, se movimentava em uma situação (hipotética) em que havia poucas pessoas e abundância de recursos, uma figuração do mito da Idade de Ouro²⁶. Superada essa ideia de superabundância e de ausência de conflitos decorrentes das apropriações de utilidades, a perspectiva muda para a busca da solução de problemas, como a escassez dos recursos e os conflitos existentes entre as diversas pretensões apropriativas²⁷.

Diante de recursos limitados, surge a necessidade de se estabelecerem formas jurídicas de assenhoreamento e de se verificar qual forma é mais adequada a cada situação. A propriedade é justamente fruto dessa necessidade: definir um nexo que explique por que uma coisa pertence a uma pessoa, e não a outra. Inobstante o fato de ser também uma construção teórica, ela é um espelho das relações que se estabelecem entre os indivíduos no contexto social. Da necessidade de fazer a justa divisão dos bens e delimitar o universo do “teu” e do “meu”, chega-se à necessidade jurídica de definir e qualificar o que pode e o que não pode ser objeto de apropriação: assim nasce a categoria dos bens em sentido jurídico.

Através da definição do que é bem em sentido jurídico, cada sociedade organizada faz uma escolha política que define as relações proprietárias e a disciplina jurídica da apropriação e da produção. A escolha principal é a determinação do que é e do que não é apropriável, definindo o que pertence a alguém e o que não pertence a ninguém. Uma vez definidos os bens apropriáveis, devem ser definidos os sujeitos a quem outorgar as titularidades dos bens e os motivos dessa outorga. É nesse contexto que se coloca a polêmica sobre a existência ou não de um ato de apropriação originária.

²⁶ Para maiores esclarecimentos sobre o tema, ver MINOIS, George. *La ricerca della felicità: dall'età dall'oro ai giorni nostri*. Bari: Dedalo, 2009.

²⁷ GAMBARO, Antonio. La proprietà: beni, proprietà, comunione. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo. *Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 7 et seq.

Um primeiro ponto a ser salientado é a diferença entre apropriação e propriedade²⁸. Enquanto a primeira teria um caráter originário e, ao mesmo tempo, dinâmico; a segunda teria a função de organizar as relações de apropriação em conformidade com a realidade econômica existente, a solidificação de uma realidade fática já dada. A apropriação estaria, assim, situada em um momento pré-jurídico e seria um pressuposto filosófico e moral; a propriedade enquanto conceito jurídico é o resultado de uma elaboração racional do homem que, a partir da observação das dinâmicas de apropriação existentes, constrói um arcabouço racional dotado de estruturas que permitem o exercício organizado desses mecanismos apropriativos²⁹.

A metáfora trazida por Francesco D'Urso é elucidativa: “a apropriação é o magma fluante, a propriedade é a lava já solidificada, transformada em pedra”³⁰. Para esse autor, em cada momento da evolução humana a apropriação constitui um processo originário, que se verifica todas as vezes em que surgem situações ainda não conhecidas nem disciplinadas pela teoria jurídica e seus conceitos³¹. Segundo ele, o conceito de apropriação originária é essencialmente filosófico e não deve ser confundido com o que ele qualifica de “acumulação originária”, por entender que este conceito, trazido pelos economistas, seria excessivamente voltado para a circulação e acumulação de riquezas de uma forma particular de produção, definida por uma classe dirigente. Não haveria, assim, um ato de apropriação originária marcado no tempo e que inauguraria todas as outras apropriações, como ponto de origem ou partida.

Nesse particular, o presente trabalho não se alinha a tal dinâmica interpretativa, optando pela posição de Rinaldi, que considera a noção econômica de fundamental importância para o estudo da propriedade, entendida como a “reunião de relações jurídicas e sociais que define a posição de cada um quanto à utilização de bens escassos”³². Ainda que a apropriação originária seja pré-jurídica e dotada de forte caráter ético, as noções econômicas apresentam especial relevância para sua definição, visto que uma análise econômica não

²⁸ A distinção é trazida com grande profundidade por Francesco D'Urso, em sua tese de doutorado, que versa sobre propriedade como direito subjetivo e a sua função social: *La proprietà tra diritto soggettivo e funzione sociale*. (Disponível em: <http://www.fedoa.unina.it/1758/1/D'Urso_Filosofia_del_Diritto_Diritti_dell_Uomo_e_delle_Liberta_Religiose.pdf>. Acesso em: 10 maio 2015.

²⁹ BIXIO, Andrea. *Proprietà e appropriazione*: individuo e sovranità nella dinamica dei rapporti sociali. Milano: Giuffrè, 1988. p. 1 et seq.

³⁰ D'URSO, op. cit., p. 6.

³¹ Ibidem, p. 9.

³² RINALDI, Francesco. *Proprietà privata, beni pubblici e “beni comuni”*. Disponível em: <http://www.dirittifondamentali.it/unicas_df/attachments/article/296/Rinaldi_proprietà%20privata,pubblici,comuni.pdf>. Acesso em: 10 maio 2015.

impõe necessariamente um estudo ideológico de uma noção filosófica. Ao contrário, sustenta-se que a teoria econômica pode contribuir para o estudo do fenômeno proprietário em suas diversas dimensões, influenciando a qualificação da utilidade de um bem e sua valoração jurídica, em especial no que diz respeito à escassez dos recursos e à forma mais eficiente de sua alocação.

Também não se enquadra no âmbito do presente estudo o exame aprofundado das origens pré-jurídicas do direito de propriedade e, por esse motivo, uma eventual menção ao tema limitou-se a um argumento, a ressaltar o caráter complexo do fenômeno proprietário. Nesse sentido, não se discorreu de modo sistemático e específico sobre as referidas origens do instituto; contudo são analisadas algumas ideias filosóficas que fundamentam diversas abordagens do fenômeno pelo fato de terem uma repercussão jurídica. Por outro lado, examinou-se, ainda que de modo breve, os títulos de legitimação da propriedade na história, pois tais fundamentos relacionam-se intimamente aos modos de aquisição previstos nos Códigos Civis e tutelados pelos diversos ordenamentos jurídicos³³.

As doutrinas filosóficas, na busca de uma explicação para os títulos de legitimação da propriedade pelos ordenamentos jurídicos, trouxeram fundamentos variados e contrapostos, que vão desde o bem comum até a noção de especificação. Sobre o assunto, de fundamental importância é a alteração da compreensão da propriedade ocorrida com a superação do modelo aristotélico-tomista³⁴. A tradição aristotélica acreditava ser possível definir o que era uma “vida boa” para todos os seres humanos, para a qual contribuíam todas as capacidades da pessoa. A virtude seria o modo de viver essa forma de vida e todas as ações humanas seriam um meio de alcançá-la, e não um fim em si mesmo. Nesse contexto, a propriedade era compreendida como disponibilidade de recursos materiais voltada para a justiça.

A tradição moderna abandona a perspectiva objetivista, que identifica os elementos universalmente existentes para a definição de uma vida boa, e se funda na perspectiva subjetiva da vontade e da escolha individual. A ruptura ocorre porque o novo modelo de acumulação de riquezas não encontrava fundamentação na filosofia aristotélico-tomista, que se tornou insuficiente: “o desenvolvimento concreto da propriedade superava os limites colocados por essa concepção”³⁵. Diante do novo modelo, a defesa da propriedade privada e

³³ Cf. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. 11. ed. 3. rist. Napoli: Eugenio Jovene, 1997. p. 502.

³⁴ BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 10-12.

³⁵ GIUDICI, Gabriela. *La fondazione del diritto di proprietà: storia di un’idea dai padri della Chiesa a Locke*. Disponível em: <<http://gabriellagiudici.it/la-fondazione-del-diritto-di-proprietaria-storia-di-unidea-dai-padri-della-chiesa-a-john-locke/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

sua justificação assumem uma fundamental importância. Polariza-se uma distinção entre uso e aquisição, categorias ou elementos em torno dos quais gravitam as diferentes noções de propriedade de cada um dos modelos.

Ocupação e trabalho trazem as tintas que vão delinear a questão. A teoria da ocupação, proveniente da Escola do Direito Natural, trata a questão da apropriação das coisas existentes no mundo físico mediante a ideia do “primeiro-usuário, primeiro-dono”, isto é, atribuindo a propriedade pela ocupação de coisas ainda não caídas sob o senhorio de outrem. A teoria da especificação defende a aquisição com base na elaboração que o homem faz das coisas: o trabalho seria a justificativa para a legitimação da propriedade³⁶. A propriedade fundada no uso e a propriedade fundada no trabalho traduzem essas duas tradições de pensamento.

A primeira traz a perspectiva do usuário, enquanto a segunda tem como figura central o produtor³⁷. A concepção da propriedade fundada no uso corresponde ao ideal aristotélico e se funda numa visão estática das estruturas econômicas e do poder político. Num contexto de aquisição pelo trabalho, valoriza-se uma concepção dinâmica das relações de produção, que era incompatível com o direito tradicional de uso. Essas duas visões de mundo sobre a posição do indivíduo diante do Estado repercutem diretamente no reconhecimento da propriedade: na tradição antiga, ela se relacionava à ideia de justiça, enquanto a noção de trabalho, proveniente da vontade livre, se refere ao dever de proteger a aquisição da propriedade, não mais de outorgá-la e dividi-la pelos critérios de justiça distributiva.

Aduz Pietro Rescigno que tais teorias buscam justificativas para a legitimação do título de aquisição, isto é, o motivo pelo qual se atribui a propriedade a um ou a outro sujeito, mas que não adentram na questão da fundamentação da propriedade em si³⁸. Tal função é desempenhada pelas teorias individualistas ou sociais, que pretendem justificar a propriedade, no primeiro caso, como mecanismo de tutela da personalidade e, no segundo, como uma garantia recíproca de convivência e segurança sociais.

Tanto na perspectiva do usuário como na do produtor, permanece a questão do modo como o homem se relaciona com o meio que o circunda e o poder que este tem sobre uma coisa suscetível de apropriação. Ainda que a regulação jurídica da propriedade seja variável,

³⁶ A principal razão “pela qual Locke afastou a teoria da ocupação era que esta correspondia a um modelo de sociedade agrícola e estática. Modelo distante do seu horizonte mental e dos seus propósitos de reforma política em uma sociedade como a inglesa, marcada por uma burguesia ativa, em luta contra a aristocracia tradicional, com base econômica na terra, e em expansão contínua além dos mares, em terras incultas, ocupadas por indígenas” (BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Brasília: EDU, 1998. p. 194).

³⁷ BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 9-15.

³⁸ Cf. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. 11. ed. 3. rist. Napoli: Eugenio Jovene, 1997. p. 502.

em conformidade com as leis vigentes em cada país, trata-se de noção cosmopolita, aplicável a toda a espécie humana. Seja no Alasca ou no deserto do Saara, a interação do homem com o meio ambiente e as relações de apropriação que daí decorrem são universais e inerentes ao próprio desenvolvimento da espécie humana.

O direito de propriedade está no cerne da evolução institucional de todos os direitos modernos. O modo pelo qual a propriedade é disciplinada reflete a articulação concreta das relações de produção e gozo dos bens, tratando-se de uma noção jurídica chamada a “dar corpo” a uma situação naturalmente existente e, por isso, se afirma que cada sociedade manifesta de um modo a noção universal de propriedade, notadamente dentro de sua realidade econômica, política e social³⁹. Por exemplo, nas civilizações primitivas, a posse de alguns objetos determinados aparece como uma projeção externa do próprio indivíduo, que segue a sua sorte depois da morte (não era raro que os indivíduos fossem enterrados junto com seus pertences). Já no Direito quiritário, a propriedade tem uma conotação político-religiosa, impondo a autoridade do *pater familias* a todo o grupo familiar. Na sociedade liberal, a propriedade tem a função de legitimar o fenômeno da empresa e de uma nova forma de acumulação⁴⁰.

Os exemplos acima demonstram que existem várias formas de manifestação da propriedade; pois, em cada contexto social no qual a problemática se põe de modo diferenciado, a propriedade possui uma grande capacidade de inovação e adaptação aos novos modelos de produção⁴¹. Tal assertiva não implica a assunção do fenômeno proprietário como histórico e relativo. As mudanças de feição, conforme o contexto temporal, refletem a mentalidade de cada época, especialmente o modo de cada sistema jurídico entender a relação do homem com as coisas. Trata-se de questão humana básica que se faz presente desde as civilizações mais primitivas, apesar da diversidade de culturas.

Salutar é a definição de Paolo Grossi, para quem a propriedade seria apenas “um artifício verbal para indiciar uma solução histórica que um ordenamento dá ao problema da relação jurídica mais intensa entre um sujeito e um bem, à questão central sobre a consistência mínima do ‘meu jurídico’”⁴². Apesar de o presente trabalho não adotar uma postura

³⁹ BARBERINI, Atilio. La proprietà. In: BALESTRA, Luigi. *Proprietà e diritti reali*, v. 1. Torino: UTET Giuridica, 2011. p. 3.

⁴⁰ Disponível em: <http://www.treccani.it/enciclopedia/proprietà_res-b04baef1-87e6-11dc-8e9d-0016357eee51_%28Enciclopedia_Italiana%29>. Acesso em: 18 maio 2015.

⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. Introduzione alla problematica della “proprietà: collana lezioni della Scuola di Specializzazione. In: *Diritto Civile dell'Università di Camerino*, 1. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1971. p. 4.

⁴² GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 5.

meramente historicista do direito de propriedade e partir do pressuposto de que esta possui algumas características constantes decorrentes do Direito Natural em todos os contextos culturais, a citação acima é cabível no sentido de ressaltar a universalidade do fenômeno, ao aduzir que a questão sempre se colocou presente na história da humanidade e que o problema do “meu jurídico” é tão universal quanto a própria condição humana. Muito embora sua concretização requeira adaptações à multiplicidade de condições de vida, segundo os lugares, as épocas e os costumes, a noção é imprescindível e constitui a base para o progresso da humanidade.

Existem duas grandes tradições ou formas de manifestação do assenhramento: uma ligada à tradição romanista e outra vinculada à *Gewere* germânica. Esses modelos tratam diversamente a atribuição de titularidade proprietária e os modos como se estabelecem os vínculos jurídicos que definirão os sistemas produtivo e econômico. Afirma-se que a propriedade romana é estritamente individualista, diversamente da tradição germânica da *Gewere*, na qual existem diversas formas de propriedade coletiva, isto é, propriedades que são atribuídas a uma coletividade⁴³.

A título de exemplo, a situação de comunhão gerada pelo condomínio é tratada diversamente nas duas tradições. Do ponto de vista romanista, o condomínio é estudado como situação de concurso de diversos direitos proprietários exclusivos da mesma coisa, nos moldes da propriedade individual. Diversamente, sob a perspectiva germânica, a situação é através da figura das *cum manu*, e os bens sobre os quais incide a situação de cotitularidade são considerados propriedade coletiva, uma forma de comunhão, na qual os participantes são representados por cotas indivisíveis⁴⁴.

No pensamento jurídico dos dois últimos séculos, a noção dominante é a que se fundamenta na moderna forma de pertencimento estabelecida pelo Código Napoleônico, com inspiração jusnaturalista, que prevê o direito subjetivo proprietário como o direito por excelência, que garante ao titular uma titularidade exclusiva e absoluta para uso, gozo e fruição. Nesse modelo, de remotas raízes romanas, o paradigma é a indivisibilidade e o

⁴³ Em sentido contrário, Miguel Nogueira de Brito sustenta ser historicamente falsa a contraposição entre uma concepção romanista e uma concepção germânica da propriedade, alegando nunca ter existido um Direito germânico comparável ao sistema romano, e sustentando existir, neste último, a ideia da vinculação social da propriedade (BRITO, Miguel Nogueira. de. *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: FFMS, 2010. p. 61).

⁴⁴ MARINELLI, Fabrizio. *Gli usi civici: aspetti e problemi delle proprietà*. Napoli: Jovene, 2000. p. 29.

absolutismo do domínio de uma coisa em sentido material como uma relação de apropriação total e exclusiva⁴⁵.

Diversamente, o modelo feudal de propriedade previa a multiplicidade do domínio, segundo a qual as utilidades proprietárias eram desmembradas em *domínio direto*, concedido ao senhor feudal, e *domínio útil*, atribuído ao vassalo, de modo que a propriedade de uma *res* se fraciona em diversas relações de utilização graduadas no tempo por diversos sujeitos. A importância era atribuída à utilidade concreta que a propriedade proporcionava, e não tanto a sua titularidade formal, o que permitiu a construção de um modelo de apropriação no qual a situação unitária de pertencimento exclusivo a um único titular não era a única possível, deixando espaço, por exemplo, para o surgimento e a tutela de situações de propriedade coletiva.

Apesar da variedade de modelos proprietários, pode-se observar que, mesmo nos países que adotaram o modelo da propriedade moderna, permanecem formas de propriedade coletiva⁴⁶. A questão se relaciona com a construção da propriedade como direito subjetivo individual e absoluto e com a subsistência de modelos de propriedade coletiva nos ordenamentos jurídicos modernos como reminiscência da propriedade germânico-feudal. Ao lado da propriedade individual, que se pode atribuir a um sujeito público ou privado, está a propriedade coletiva, instituto complexo e multiforme, originário dos arranjos sociais, que atribuíram a um grupo a propriedade de uma coisa.

Nesse ponto, a questão proprietária se põe numa perspectiva mais individual ou mais coletiva, na qual se decide sobre a precedência ou não da propriedade individual sobre a coletiva. A ideia de propriedade comum na origem, isto é, de comunidade originária, fundamental para os teóricos antigos e cristãos, é rechaçada pela concepção de propriedade elaborada pela tradição moderna, cujo título de legitimação está no trabalho humano, e não no uso dos bens. Para Brito, não há uma oposição irreduzível entre a visão individualista e a visão coletivista da posse dos bens, pois a propriedade, em si mesma, traria essa tensão entre a liberdade individual e a responsabilidade social⁴⁷. Friedmann⁴⁸, em ensaio sobre a propriedade numa sociedade em transformação, aponta que, apesar das divergências ideológicas, tanto a

⁴⁵ MOCCIA, Luigi. Il modello inglese di proprietà. In: ALPA, Guido et al. *Diritto privato comparato: istituti e problemi*. Roma/Bari: Laterza, 2012. p. 47.

⁴⁶ COSTATO, Luigi. *Le proprietà collettive in Italia: disciplina vigente e prospettive*. In: INCONTRO DI STUDIO DEL CE.S.E.T., 31, Sassari, 14-15 set. 2001. Disponível em: <<http://www.torrossa.com/resources/an/2240747>>. Acesso em: 1 jun. 2015.

⁴⁷ BRITO, Miguel Nogueira de. *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: FFMS, 2010. p. 60-63.

⁴⁸ FRIEDMANN, Wolfgang Gaston. *El derecho en una sociedad en transformación*. Traducción de Florentino M. Torner. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1966. p. 83.

propriedade da Constituição norte-americana como a comunista têm em comum a herança filosófica ocidental, que eleva a propriedade como questão fundamental da sociedade política e da ordem social.

D'Urso⁴⁹, em já citado estudo sobre a propriedade, aduz, logo nas primeiras linhas de seu trabalho, que é fundamental esclarecer o campo de investigação da dicotomia “indivíduo-sociedade” enquanto representação de uma propriedade individualista ou socialista. Ele sustenta que a problemática não pode ser posta no campo do lugar-comum de uma visão maniqueísta do mundo e do ordenamento jurídico, pois, na história do pensamento jurídico, nenhum ordenamento adotou de modo absoluto uma ou outra concepção⁵⁰.

Igual advertência faz Andrea Bixio, em obra sobre propriedade e apropriação⁵¹, sustentando que a moderna teoria proprietária, seja em sua vertente individualista ou comunista, deixou irresolutas questões importantes e não logrou êxito em resolver o tema: a vertente individualista acabou por atribuir a propriedade apenas a alguns, enquanto a forma comunista a negou a todos. Por esse motivo, ela salienta que não se deve cair nas armadilhas de contraposição dicotômica entre público e privado, reduzindo a abordagem ao conflito ideológico entre as duas visões. Para entender o fenômeno proprietário e sua situação atual, o importante seria a retomada da intencionalidade profunda que anima a propriedade em si mesma.

Para Perlingieri, o ponto nevrálgico da propriedade está em encontrar o fio condutor que conjugue o interesse individual com o social⁵². Segundo ele, não existe uma questão proprietária abstratamente compreendida, mas um problema concreto que pode assumir diferentes cores e nuances, de modo que, para evidenciá-lo, se faz necessária uma abordagem

⁴⁹ D'URSO, *La proprietà tra diritto soggettivo e funzione sociale*. p. 01. Tesi di Dottorato. Università Degli Studi di Napoli Federico II. Disponível em: <http://www.fedoa.unina.it/1758/1/D'Urso_Filosofia_del_Diritto_Diritti_dell_Uomo_e_delle_Liberta_Religiose.pdf>. Acesso em: 10 maio 2015.

⁵⁰ Pense-se, por exemplo, no Código Napoleônico, individualista por excelência, que, a despeito de definir no Artigo 544 a propriedade como “o direito de usufruir e dispor das coisas da maneira mais absoluta desde que delas não se faça um uso proibido pelas leis ou regulamentos”, prevê, em seu artigo 542, inserido no capítulo relativo aos bens, o reconhecimento de determinados bens comuns, preservando, em alguma medida, a propriedade coletiva, nos seguintes termos: “os bens comuns são aqueles sobre cuja propriedade ou produto os habitantes de uma ou várias comunidades têm direito adquirido” (tradução livre). [No original: “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”; “les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis”]. Disponível em: <<http://codes.droit.org/cod/civil.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2015.

⁵¹ BIXIO, Andrea. *Proprietà e appropriazione: individuo e sovranità nella dinamica dei rapporti sociali*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 1 et seq.

⁵² PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della “proprietà”*: collana lezioni della Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino, 1. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1971. p. 5-7, passim.

ampla do fenômeno, que não pode se reduzir a uma análise simplesmente histórica ou social. Assume papel fundamental o estudo analítico de cada ordenamento vigente, a fim de compreender a exata dimensão proprietária em cada um deles, o que engloba também o exame da relação do homem com o meio que o circunda e se expressa na dimensão ambiental do fenômeno proprietário.

1.2 Fundamentos teóricos da apropriação dos bens: os modelos proprietários

Afirma Grossi que “só haverá uma página realmente nova na história da propriedade quando uma nova mentalidade jurídica tiver se consolidado”⁵³. Por outro lado, segundo a historiografia contemporânea, o processo histórico revela as noções de continuidade e ruptura, de modo que modelos inicialmente dominantes em um determinado momento histórico, posteriormente são tidos como superados e insuficientes, para muito depois serem abandonados, e mais uma vez superados, possivelmente por um modelo que lhes era anterior⁵⁴.

Nesse particular, é importante frisar que, inobstante a propriedade apresentar uma regulação jurídica variável conforme o momento histórico no qual se insere, na presente tese, sustenta-se que ela é inerente à natureza humana, e não uma construção histórica. Obviamente, deve-se levar em consideração que a evolução humana se dá através da história e tal componente não deve ser desconsiderado. Contudo entende-se que, apesar de a roupagem jurídica da propriedade ser historicamente contextualizada, a noção de propriedade enquanto “aquilo que é meu” é pré-jurídica, universal e imutável. Ainda que a configuração jurídica não seja exatamente igual para todos os povos, tendo em vista a multiplicidade de agregamentos e contextos humanos, a ideia de propriedade privada se encontra presente desde as civilizações primitivas, sendo possível a afirmação de que a história da propriedade é a história da civilização humana⁵⁵.

⁵³ GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 63.

⁵⁴ Cf. HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Coimbra: Almedina, 2012.

⁵⁵ ANGIONI-CONTINI, Francesco. *Della proprietà secondo il diritto romano: studio storico, dommatico-critico*. Sassari: Azuni, 1877. p. 58.

José de Oliveira Ascensão, tratadista sobre o Direito das Coisas, afirma categoricamente que a apropriação privada, em qualquer de suas formas, é direito natural, e que o princípio da propriedade privada deve ser mantido, com base em três importantes argumentos: econômico, pessoal e social⁵⁶. O primeiro se refere à produtividade e à alocação de recursos, sendo objeto de estudo da Economia Política. As razões pessoais decorrem da necessidade de garantir às pessoas uma esfera livre de atuação, que lhes garanta a possibilidade de progresso e de desenvolvimento de suas plenas capacidades e habilidades, em conformidade com o empenho demonstrado na gestão de suas posses. As razões sociais, que reputa as mais importantes, estão ligadas à coesão e à garantia de pluralismo, de modo que a atribuição ao Estado dos meios privados de produção por meio de uma coletivização da propriedade acabaria por assumir um caráter despótico – seria uma sociedade na qual o Estado absorve todas as funções. Assim é que os bens devem ser atribuídos à titularidade privada para a vantagem comum, pois a propriedade privada permite garantir a autonomia e a liberdade de cada sujeito⁵⁷.

De outra feita, a propriedade como conceito econômico está relacionada ao desenvolvimento econômico e ao crescimento social, de modo que a legislação tem o papel de reconhecer a propriedade privada e a livre iniciativa, promovendo o desenvolvimento econômico sem descuidar da tutela ambiental. No que toca à Economia e ao meio ambiente, cumpre estabelecer que a agricultura é um elemento fundamental da vida social, pois do uso da terra são provenientes os alimentos dos quais o homem se nutre, bem como as matérias-primas para fabricar novas utilidades.

Deve-se levar em consideração que, durante muito tempo, a propriedade da terra configurou a medida por excelência da riqueza⁵⁸, sendo a propriedade entendida como apenas incidente sobre coisas corpóreas, isto é, visivelmente existentes. Com a mudança das relações de produção, a riqueza passou a se configurar pela produção de ativos que não necessariamente têm relação com a propriedade da terra, o que também interferiu na mudança na relação do homem com o meio que o circunda: a tensão entre a apropriação, a propriedade e o meio ambiente impõe novos modos de gestão, a fim de compatibilizar o desenvolvimento econômico com a necessidade de conservação de bens essencialmente relevantes para a própria existência humana.

⁵⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*. 5. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 143-144.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 144.

⁵⁸ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Poteri dei privati e statuto della proprietà*. I. Oggetti, situazioni soggettive, conformazione dei diritti. Padova: Cedam, 1980. p. 4.

Quanto à justificação da propriedade, combatem as teorias individualista e social: a primeira remete à tutela da personalidade e a segunda, à recíproca garantia que os membros da comunidade assumem em relação à vida e aos bens para assegurar a convivência social⁵⁹. Por seu turno, as doutrinas filosóficas se debruçaram sobre os fundamentos da propriedade, trazendo contribuições diversas para a legitimação da apropriação na história das ideias. As doutrinas da ocupação e da especificação buscaram explicar o título, num determinado ordenamento, que atribui a propriedade a um ou a outro sujeito. A primeira, fundada no Direito Natural, propunha como fundamento da apropriação a ocupação, ou seja, a tomada de senhoria de uma coisa que ainda não caiu no domínio de nenhuma outra pessoa. Posteriormente, os liberais propuseram a ideia de posse-trabalho por meio da teoria da especificação.

As respostas jurídicas para o fenômeno da apropriação são contingenciais, e o modo como a propriedade se estrutura também, mas a ideia de apropriação é central e possui fundamental importância. Os modelos proprietários podem mudar, mas não a universalidade do direito de propriedade enquanto noção que tem por base a distribuição de riquezas dentro da sociedade. A justificativa moral e ética da propriedade embasa seu reconhecimento pela ordem jurídica: a propriedade enquanto categoria possui papel social relevante; sua função precípua é a realização do bem comum por meio da justa distribuição de utilidades e riquezas.

A propriedade é a pedra angular do edifício social e a garantia da estabilidade das relações, tanto do ponto de vista econômico quanto do social. A sua supressão provocaria uma grande incerteza entre os cidadãos, bem como um germe de desconfiança no ordenamento social, que tornaria impossível a conservação e o progresso da sociedade civil. Economicamente, sem a garantia da propriedade privada, nenhum homem teria motivação para empreender e cuidar das terras, bem como realizar qualquer outra espécie de produção.

É importante esclarecer que a análise dos modelos proprietários desenvolvidos ao longo da história de modo algum quer significar uma adesão ao materialismo dialético. Entende-se que as diversas manifestações do fenômeno proprietário não são incompatíveis com o caráter universal do instituto, pelas seguintes razões: 1) a existência humana se revela e se constitui ao longo da história, e o contexto social influi fortemente nas aspirações do homem do seu tempo; contudo tal afirmação não leva à imediata negativa de valores universais que embasam a condição humana, valores ínsitos ao patrimônio comum de cada

⁵⁹ Cf. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. 11. ed. 3. rist. Napoli: Eugenio Jovene, 1997. p. 502.

pessoa; 2) apesar da alternância de momentos históricos, a condição humana tem como constante o desejo inato de segurança e familiaridade; e, justamente para a realização desses instintos básicos de sobrevivência e convivialidade, os homens se organizam em sociedade⁶⁰.

A compreensão da propriedade como um direito natural não desconsidera suas manifestações históricas; corretamente entendido, o Direito natural revela possuir uma historicidade essencial, visto que esse deve acompanhar a vida humana no seu dinamismo característico⁶¹. A evolução da ideia de propriedade, de sua estrutura e de sua organização, comprovadas pela história, não representa um obstáculo insuperável para sua inserção em uma ordem natural. A dimensão natural do fenômeno humano não pode redundar no desconhecimento do dinamismo inerente ao homem nem mesmo na total desconsideração da vertente histórica na análise dos institutos jurídicos.

O reconhecimento de um caráter natural ao direito de propriedade não acarreta necessariamente a imutabilidade da regulação normativa, e muito menos subtrai do Estado o poder de expedi-la, apenas faz recordar as finalidades para as quais elas devem contribuir, uma vez que são destinadas ao benefício do homem e ao bem-estar social. Assim, se a propriedade é um direito natural que não pode ser suprimido e deve ser oposto a qualquer poder político, isso não significa que o conteúdo das normas jurídicas seja invariável. A propriedade atinge a plenitude na garantia de um estatuto das pessoas e dos bens, que deve ser previsto pelo Direito Civil positivo⁶².

A lei imposta pelo Estado encontra seu sentido na natureza humana, de modo que sua efetivação se dá pelo Direito Positivo, em conformidade com as peculiaridades e circunstâncias de uma determinada época, com suas características e particularidades. Para além da polêmica Direito Natural *versus* Direito Positivo, que não constitui o cerne do presente trabalho, útil se faz realizar uma breve reflexão sobre o conceito abstrato ou a noção genérica de propriedade privada, que atribui o pertencimento de um objeto a um indivíduo, de modo a permitir o controle sobre seu uso e disponibilidade, e a forma concreta pela qual esse Direito é disciplinado numa determinada ordem jurídica. Admitir a existência de uma noção pré-jurídica de apropriação e mesmo da propriedade privada não anula tal discussão; pelo

⁶⁰ ARISTÓTELES. *Política*. 1259b 18. Tradução de Mario da Gama Cury. Brasília: EDU, 1985.

⁶¹ Gaetano Lo Castro constrói o raciocínio citado tendo como exemplo a noção da família. Por identidade de razões, aplicou-se aqui o mesmo raciocínio para o instituto da propriedade, cuja roupagem jurídica pode ser historicamente contextualizada, sem anular seu caráter universal e imutável em termos funcionais (cf. LO CASTRO, Gaetano. *Matrimonio, diritto e giustizia*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 24-26).

⁶² Sobre o Direito natural, consultar: FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

contrário, permite o estudo analítico do modo pelo qual a noção toma corpo nas diversas sociedades.

O tema tem provocado mais interesse nos filósofos e cientistas políticos do que nos próprios juristas. Por conta disso, levando-se em consideração que no presente trabalho não se propõe um estudo exaustivo dessa temática, que é tão debatida quanto a própria ideia de justiça, propõe-se uma breve apresentação da polêmica filosófico-jurídica reinante acerca da noção de propriedade, em especial no contexto da tradição jurídica da *Common Law*. A ausência de um consenso filosófico sobre os elementos essenciais da propriedade tem provocado debates sobre a utilidade de estabelecer definições de propriedade em abstrato, sem colocá-la dentro de um contexto legal específico⁶³.

Nos Estados Unidos da América, a questão tem se refletido na polarização existente entre duas concepções de propriedade: a “*bundle theory*” e a “*full liberal ownership*”⁶⁴. A primeira sustenta ser a propriedade um feixe dispar de direitos, denominados como “bastões”, de modo que esta dependeria dos arranjos específicos que a lei garante a cada pessoa. Não existiria uma ideia de propriedade apriorística que a lei reflete e garante diante do caso concreto, mas as faculdades atribuídas a tal direito são casuisticamente consideradas, sendo constantemente moldadas pelo legislador. O fundamento repousaria na diversidade de direitos proprietários regulados de modos diferentes nas diversas leis, que trazem restrições, regulações e taxações conforme o ordenamento jurídico no qual estão inseridos.

A segunda corrente de pensamento sustenta que, apesar da complexidade da tessitura da propriedade e da variabilidade de previsões normativas, a ideia de propriedade carrega em si um conteúdo genuíno, que se mantém mesmo em ordenamentos jurídicos forjados em contextos diversos. A propriedade teria uma substância que lhe é inerente, incluindo uma gama de direitos que inclui: a) o uso do recurso, ou bem, pelo proprietário; b) o direito de excluir os demais do seu exercício; c) o direito de alienar o bem⁶⁵. Uso, exclusão e alienação seriam os pilares do referido direito.

A despeito da polarização existente entre a teoria liberal completa da propriedade e a teoria dos feixes de direitos, contemporaneamente muitos autores têm buscado um meio-termo entre ambas, procurando preservar a integridade conceitual da primeira, mas permitindo

⁶³ Cf. Property concepts. *Internet Encyclopedian of Philosophy*. Disponível em: <<http://www.iep.utm.edu/prop-con/>>. Acesso em: 8 jul. 2015.

⁶⁴ DI ROBILANT, Anna. Property: a bundle of sticks or a tree? *Vanderbilt Law Review*, v. 66, n. 3, 2013, Boston University School of Law, Public Law Research Paper n. 14-26. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2456375>. Acesso em: 7 jul. 2015.

⁶⁵ Cf. Property concepts. *Internet Encyclopedian of Philosophy*. Disponível em: <<http://www.iep.utm.edu/prop-con/>>. Acesso em: 8 jul. 2015.

também alguma flexibilidade descritiva e normativa da teoria dos feixes. A proposta de Tony Honoré⁶⁶, professor emérito de *Civil Law* na Universidade de Oxford, traz o ponto de partida para o debate.

Partindo de uma definição provisória de propriedade como “o mais amplo interesse possível reconhecido por um ordenamento jurídico desenvolvido (ou maduro)”⁶⁷, Honoré sustenta que palavras comumente usadas para designar a propriedade, dentre elas *ownership*, *propriété*, *dominium*, *Eigentum* e outras equivalentes, designam não apenas um direito real, que trata das coisas em cada um dos sistemas jurídicos particulares, mas uma modalidade de direito com características comuns, que vão além dos sistemas específicos.

Basta que um sistema reconheça o interesse sobre uma coisa para que se possa cogitar da propriedade. Todos os sistemas jurídicos desenvolvidos reconhecem esse interesse e, num certo sentido, possuem uma concepção de propriedade. Diz-se que, inclusive as sociedades primitivas, possuem regras que permitem que determinadas pessoas tenham direitos mais amplos do que outras sobre uma coisa, como, por exemplo, o caso dos nativos das ilhas Trobiand e os direitos sobre suas canoas⁶⁸. Nesse sentido, afirmar que alguém “é dono de um guarda-chuva”, por exemplo, significa essencialmente a mesma coisa – seja na Inglaterra, na França, na Rússia ou na China: que alguém pode usar um objeto, excluindo todos os demais de seu uso, assim como emprestá-lo, vendê-lo ou mesmo deixá-lo.

Por conta disso, Honoré sustenta ser possível estabelecer “incidentes-padrão” da propriedade, ou seja, características comuns que seriam mais ou menos invariáveis de sistema para sistema e trariam um amálgama do referido direito. É ínsita à propriedade a noção de apropriação e, desse modo, pode-se afirmar existir um tipo ideal de apropriação ou uma “apropriação perfeita”, comum a todos os sistemas legais em sua maturidade, composta por onze elementos mais ou menos invariáveis nas sociedades que alcançaram algum grau de evolução. São eles: 1) o direito de possuir, que se desdobra no direito de ter o controle exclusivo e o de permanecer nele; 2) o direito de usar; 3) o direito de gerir, entendido como o direito de decidir como e por quem a coisa pode ser usada; 4) o direito ao rendimento decorrente do uso da coisa; 5) o direito ao capital, entendido como o poder de alienar a coisa e o poder de consumir, desperdiçar ou destruir a coisa; 6) o direito à segurança, como imunidade contra a expropriação; 7) o poder de transmissão ou o incidente de

⁶⁶ HONORÉ, Anthony Maurice. *Ownership*. In: _____. *Making law bind*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 370.

⁶⁷ HONORÉ, loc. cit.

⁶⁸ HONORÉ, loc. cit.

transmissibilidade, como direito a fazer-se suceder na posse da coisa; 8) a ausência de qualquer termo ou prazo para a permanência na posse da coisa; 9) a proibição de um uso prejudicial a outrem; 10) sujeição do bem à execução pelas dívidas contraídas pelo proprietário; 11) caráter residual ou elasticidade do direito de propriedade, que trata das regras relativas à reversão de direitos de propriedade⁶⁹.

Sustenta Honoré que a concentração em uma pessoa de poderes de uso, exclusão e alienação, bem como a proteção contra a expropriação, é o marco característico do instituto proprietário e nisso está de acordo com a teoria completa da propriedade liberal. Todavia esse autor entende que a ênfase apenas nas faculdades/poderes que competem ao proprietário é reducionista, pois existem também proibições e limitações que independem da vontade do proprietário. Frise-se que o mesmo, ao estabelecer elementos-padrão da propriedade nos países desenvolvidos, não pretende estabelecer uma lista de condições do conceito, apenas frisar que tais incidentes permanecem mais ou menos uniformes e não variam de modo substancial. Tais características tendem a se manter constantes de um lugar para outro e mesmo de uma época para outra.

Por sua vez, Jeremy Waldron, ainda que se mantenha no meio-termo entre *a full ownership* e a teoria do *bundle of sticks*, discorda de tal raciocínio e sustenta que o estabelecimento de incidentes que se mantêm constantes não resolve a questão da fundamentação filosófica da propriedade. O conteúdo da propriedade é variável e a ideia de propriedade em vigor num sistema necessariamente deve divergir daquela proposta por sistemas jurídicos diversos porque a propriedade é um “conceito essencialmente contestado”, na terminologia usada por W. B. Gallie, isto é, um conceito em torno do qual não há consenso acerca de um uso adequado. Com o intuito de solucionar tal polêmica e, na verdade, afastá-la, ele propõe uma resposta que se baseia na distinção entre conceitos e concepções trazidas por Rawls e Dworkin sobre justiça e, de igual modo, pretende caracterizar a relação entre a ideia da propriedade privada e o modo pelo qual ela é concretamente disciplinada como uma relação conceito-concepção⁷⁰.

A relação entre a ideia de propriedade e as regras relativas ao direito de propriedade privada num determinado ordenamento deve ser compreendida tomando-se por base a relação entre conceitos e concepções. O conceito seria a ideia abstrata de propriedade e as diversas regras trazidas pelos ordenamentos jurídicos seriam concepções desse conceito. Waldron

⁶⁹ HONORÉ, Anthony Maurice. *Ownership*. In: _____. *Making law bind*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 371-375.

⁷⁰ WALDRON, Jeremy. *The right to private property*. Clarendon Press: Oxford, 1988. p. 52-53.

defende, por conta disso, que o conceito de propriedade é uma questão filosófica, competindo ao jurista apenas a análise da concepção inerente ao sistema jurídico ao qual está vinculado, uma vez esse conceito se encontraria preso ao sistema jurídico, imerso nas suas concepções, entendidas como o modo pelo qual cada ordenamento jurídico regula concretamente o direito de propriedade⁷¹.

A aplicação da proposta de diferenciar os conceitos das concepções tem sido usada por vários teóricos contemporâneos e parece ser frutífera na abordagem do fenômeno proprietário. Pode-se vislumbrá-la também em Honoré⁷², que parte de uma definição provisória de propriedade e avança para os elementos-padrão que estariam presentes em sistemas jurídicos desenvolvidos. Ainda que siga caminho diverso do proposto por Waldron e reconheça alguns elementos constantes no direito de propriedade, é possível afirmar que a definição provisória e os “elementos constantes” por ele trazidos equivalem ao conceito e à concepção, conforme proposto pelos autores salientados⁷³.

Como reforço à referida tese, salienta-se também o pensamento de J. W. Harris, que adota um conceito constante de propriedade, no qual o domínio seria um caso-limite dentro do variado espectro de direitos que surgem da propriedade ou de direitos proprietários que possuem um espectro menor. Defendendo as instituições proprietárias, esse autor afirma que todas as sociedades têm, de um modo ou de outro, instituições proprietárias e o grande desafio diz respeito às decisões políticas e jurídicas que devem ser tomados sobre a distribuição da propriedade e o desenho institucional desta⁷⁴.

Não se pode olvidar que os pensamentos de Honoré, de Waldron e de Harris se desenvolvem no contexto norte-americano, fortemente marcado pela tradição jurídica da *Common Law*, que prevê a propriedade como um feixe de direitos muito mais amplo que o modelo da tradição jurídica da *Civil Law*. Obviamente essa amplitude conceitual da palavra *ownership* não pode ser desconsiderada, muito menos a filiação ideológica dos autores,

⁷¹ WALDRON, Jeremy. *The right to private property*. Clarendon Press: Oxford, 1988. p. 52-53.

⁷² HONORÉ, Anthony Maurice. *Ownership*. In: _____. *Making law bind*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

⁷³ A igual conclusão chega Miguel Nogueira de Brito, entendendo que a distinção entre conceito e concepção está presente em praticamente todos os autores que trataram da fundamentação da propriedade, ainda que em diversas nuances: “Uma distinção a propósito da propriedade, muito próxima daquela que diferencia conceito e concepção, tal como a propõe Waldron, encontra-se presente em praticamente todos os autores que refletiram sobre o tema. Tal distinção encontra-se presente, antes de mais, no próprio estudo citado de Honoré. [...] Com efeito, esse autor, como se viu, começa por apresentar uma definição provisória de propriedade, que seria ‘o mais amplo direito possível sobre uma coisa reconhecido por um sistema jurídico desenvolvido’, para só depois avançar com uma lista de incidentes padrão que, em conjunto, integram o ‘conceito liberal de propriedade’. A definição provisória e o conceito liberal equivalem, na verdade, ao conceito e à concepção de propriedade”. (BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 13-4).

⁷⁴ HARRIS, J. W. *Property and justice*. Oxford: Clarendon Press, 1996. p. xviii.

partidários da teoria liberal do direito de propriedade. Todavia, apesar da polarização entre os dois modelos, trabalhos mais recentes têm buscado uma harmonização das visões do direito de propriedade⁷⁵, com o intuito de proporcionar um maior diálogo entre as diversas tradições jurídicas.

As reflexões propostas quanto à fundamentação da propriedade são universais e as ideias propugnadas pelos sistemas da *Common Law* podem trazer grande auxílio, não apenas em relação à conceituação do instituto, mas, em especial, em relação à descrição da história da propriedade enquanto ideia e conceito jurídico, fortalecendo o argumento de que existem algumas noções essenciais que seriam “intuitivamente” atribuíveis a esse Direito, ainda que em diversos contextos sociais e históricos.

Partindo-se da premissa de que a ideia de propriedade tem como inerente a noção de apropriação e que pode ser tomada de modo universal, pretende-se demonstrar como determinadas sociedades trataram o referido instituto, isto é, qual era a concepção ou conteúdo do direito de propriedade vigente em cada ordenamento. Na presente tese, utilizou-se como conceito a noção provisória de propriedade proposta por Honoré, entendida como o mais amplo direito sobre uma coisa reconhecida por um ordenamento jurídico, e, como concepções (ou modelos do direito de propriedade), os diversos modelos teóricos a serem estudados.

A título de esclarecimento, cabe apontar que os termos “concepção” e “conteúdo”, no presente trabalho, são usados de modo indistinto, como sinônimo, tendo por fundamento os estudos de Peter Birks sobre o conceito romano de domínio e a ideia de propriedade absoluta⁷⁶. Birks analisou a propriedade romana sob o ponto de vista do conteúdo e do conceito: o “conteúdo” de Birks equivale à “concepção” de Waldron.

Pode-se falar então em propriedade como conceito abstrato no sentido de determinar uma relação de apropriação e pertencimento de uma coisa a alguém, permitindo-lhe o controle de seu uso e de sua alienação. Por sua vez, as regras que, num determinado ordenamento jurídico, regulam a propriedade são denominadas de modelos proprietários, ou concepção de propriedade em sentido estrito. Os fundamentos teóricos da apropriação representam os diversos modelos proprietários que se sucederam ao longo da evolução do instituto.

⁷⁵ DI ROBILANT, Anna. Property: a bundle of sticks or a tree? *Vanderbilt Law Review*, v. 66, n. 3, 2013, Boston University School of Law, Public Law Research Paper n. 14-26, p 873. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2456375>. Acesso em: 7 jul. 2015.

⁷⁶ BIRKS, Peter. The Roman law concept of dominium and the idea of absolute ownership. *Acta Juridica*, 1985, apud BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 14.

Os modelos proprietários, conforme sugere o título desta parte do trabalho, correspondem aos diversos fundamentos teóricos da apropriação, em conformidade com o ordenamento jurídico analisado. Modelos teóricos seriam, no dizer de Waldron, concepções de propriedade ou, como propõe Birks, diversos conteúdos do referido direito, ou seja, a disciplina jurídico-prática desse direito concretamente considerado. Não é demais salientar que, por detrás de cada modelo proprietário, está ínsita a questão da apropriação dos bens e do direito de propriedade em sentido amplo. Assim, a apropriação e o pertencimento são inerentes à ideia de propriedade, equivalendo ao conceito (na nomenclatura de Waldron); já os modelos teóricos refletem as diversas concepções desse Direito (ou conteúdo), que não podem negar o conceito ou a ideia em sentido amplo. É o que é examinado a seguir.

1.2.1 A propriedade antiga como modelo objetivo

No presente item, discorreu-se sobre a evolução da propriedade antiga, em especial nos contextos grego e romano. Optou-se por não tratar da noção de propriedade em período anterior, em virtude da escassez de fontes, bem como pela dificuldade de se traçar uma evolução precisa em estágios pré-civilizatórios. Inicia-se, assim, a abordagem da evolução histórica da propriedade a partir do momento em que se tornou possível identificar algumas manifestações concretas e mais ou menos organizadas do que se entende por propriedade privada, em especial a partir do confronto entre as culturas grega e romana⁷⁷.

Tendo em vista a influência decisiva da civilização greco-romana na cultura ocidental, optou-se por trazer breves considerações sobre a noção clássica de propriedade, respeitadas as diversas nuances existentes nas referidas sociedades, consideradas como pertencentes a um modelo objetivo de propriedade, isto é, não centradas no sujeito proprietário enquanto titular de um direito subjetivo⁷⁸. De outro lado, no que se refere à percepção da relação do homem com o meio, pode-se afirmar que tanto na Grécia como em Roma estão presentes mecanismos de tutela destinados a salvaguardar a higidez ambiental, contudo os problemas que se

⁷⁷ Há corrente de pensamento na Itália que defende que a evolução atingida pelo Direito Romano e até mesmo suas origens se devem à forte influência da filosofia grega, que se mostra nas obras de Cícero. Cf. FASSÒ, Guido. *Storia della filosofia del diritto*, v. 1. Roma/Bari: Laterza, 2001. p. 96.

⁷⁸ Tal afirmação é refutada por Miguel Nogueira de Brito, para quem se pode falar de um individualismo proprietário antes da época moderna. (BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 15)

colocavam naquele contexto histórico eram essencialmente diferentes dos atuais. No que concerne à poluição ambiental, apresentam-se quatro grandes diferenças: a) ela está contida dentro de um território geograficamente determinado e é menos abrangente; b) os fatores de poluição são orgânicos ou têm natureza orgânica; c) perceptível pelos sentidos humanos; d) as consequências são imediatas⁷⁹.

Além disto, no mundo antigo, existem duas dimensões da tutela ambiental: a ética e a religiosa. Tais dimensões são inspiradas na cultura grega e sob esta lógica se alicerçaram os primeiros mecanismos jurídicos de tutela do meio-ambiente⁸⁰. A título de exemplificação, na Grécia, os recursos naturais de maior importância eram colocados sob a proteção da divindade; era o caso das oliveiras que, por serem consideradas sagradas, sofriam restrições de colheita, e alguém que as abatesse além dos limites corria o risco de exílio e confisco de bens. Em Roma, havia os bosques sagrados, que não podiam ser desmatados, além de terrenos que pertenciam às divindades. Por outro lado, no que toca à ética, também esta foi herdada dos gregos, principiando por um determinismo ambiental no século V, até se falar de uma ética ambiental com Teofrasto.

São especialmente relevantes alguns elementos da cultura grega que, interpretando o *nomos* como uma realidade ordenada na qual o universo está inserido, aproximam o homem da natureza, e partem da observação desta para reger a sua vida. Os romanos possuem uma concepção mais processual de sua relação com o meio e elaboram interditos destinados a assegurar a higidez ambiental. Inicialmente, as relações do homem com a natureza eram permeadas por um forte conteúdo religioso e, para cada fenômeno natural, atribuía-se uma divindade que deveria ser cultuada através de rituais e da magia, como, por exemplo, o deus do sol, da terra, dos trovões, dentre outros.

Os pré-socráticos possuíam uma concepção mítica da natureza como tentativa de explicar a realidade, na qual o mito tem o papel de inserir o homem no cosmos e revelar os seus segredos, ao mesmo tempo em que induz nos homens o medo da vingança dos deuses como força moderadora de sua intervenção na natureza⁸¹. Posteriormente, os filósofos da natureza buscaram estudá-la e defini-la dentro dos quatro elementos físicos essenciais: a água, o fogo, a terra e o ar. A partir de Sócrates, Platão e Aristóteles, abandona-se o pensamento

⁷⁹ MARUOTTI, Laura Solidoro. *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica: L'esperienza del mondo antico*. Torino: Giappicchelli, 2009. p. 21-24.

⁸⁰ MARUOTTI, loc. cit.

⁸¹ GONÇALVES, Julio César. Homem-natureza: uma relação conflitante ao longo da História. *Revista Multidisciplinar da Uniesp Saber Acadêmico*. n. 06, p. 171-177, dez. 2008. Disponível em: <<http://www.uniesp.edu.br/revista/revista6/pdf/17.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

mítico anterior, passando-se a dar mais importância ao homem e às ideias, o que abre espaço para uma visão antropocêntrica da natureza.

Por sua vez, o surgimento das cidades-Estado gregas desloca o foco do mito e a natureza aparece como secundária nas discussões, sendo substituída pelas temáticas relativas ao comportamento do homem, como a política e a ética⁸². Influenciada pela ótica aristotélica, que associava o domínio da natureza à virtude do homem, a dimensão ambiental passa a ser marcada por um cunho antropocentrismo: este seria tanto mais virtuoso e admirável quanto mais dominasse e submetesse a natureza à sua vontade. Tal lógica repercute no Direito Romano, porém de modo mais prático e menos especulativo; todavia a preocupação ambiental se coloca especialmente no contexto da cidade, núcleo central da organização social greco-romana.

O mundo antigo é um mundo de cidades e isso deve ser levado em consideração porque, para os antigos, a vida só poderia ser imaginada na cidade e a partir dela: assim, as discussões relevantes sobre a posse e a propriedade giravam em torno da terra, bem como a tutela ambiental, que passava pela compreensão da temática proprietária. A cidade era, portanto, sinônimo de civilização na Antiguidade⁸³ e mesmo os agrupamentos populacionais rurais estavam integrados nesta estrutura e eram considerados parte de um todo social único⁸⁴.

Aponta Enrico Berti que, na civilização grega, a *pólis* não era apenas o agregado urbano, a cidade como hoje se entende, mas toda a região da qual o território fazia parte. Por sua vez, Aristóteles, em seu tratado sobre a política⁸⁵, define a *pólis* como uma *koinonia*, uma sociedade perfeita e autossuficiente, que compreende em si todas as outras associações humanas, dentre as quais a família. Enquanto esta última tem como escopo fundamental possibilitar a satisfação das necessidades materiais de seus membros, o viver, a *pólis* possui como fim último a realização do bem viver, isto é, o modo de vida que promova a plena realização das capacidades humanas, a felicidade.

Na Grécia, a propriedade era especialmente ligada aos ideais de política e ética. As pessoas não eram propriamente reconhecidas como sujeitos de direitos, mas, uma vez inseridas numa ordem objetiva que tendia para o justo, gozavam de certa proteção. O Direito Romano não possui a mesma conotação especulativa dos gregos, todavia pode-se verificar

⁸² Cf. SPAREMBERGUER, Raquel Fabiana Lopes. A relação homem, meio ambiente, desenvolvimento e o papel do Direito Ambiental. *Revista Veredas do Direito*, v.2, n. 4, p. 81-99, jul-dez 2005. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/22_109.pdf>. Acesso: 20 fev. 2016.

⁸³ FINLEY, Moses. *Economia e sociedade na Grécia antiga*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 3.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 5.

⁸⁵ ARISTÓTELES, op. cit. apud BERTI, Enrico. *Il bene di chi? Bene pubblico e bene privato nella storia*. Genova: Marietti, 2014. p. 24.

uma grande influência da filosofia grega, por exemplo, na noção aristotélica de prudência, incorporada na palavra *jurisprudencia*, a virtude dos juízes e legisladores que consiste em fazer boas escolhas na concretização da justiça⁸⁶. O aparelho judiciário romano possuía uma classe de jurisconsultos que elaboraram um sistema de ações a partir de soluções jurídicas casuísticas, tratando-se de um Direito eminentemente prático e que se fundava na observação da natureza e da realidade.

Levando-se em conta que a sistematização não era a pretensão dos romanos, no que tange à propriedade, a reconstrução de sua disciplina jurídica demanda uma pesquisa atenta dos muitos fragmentos de decisões proferidas ao longo de sua existência. É necessária uma precisão quase cirúrgica para compor o mosaico da disciplina jurídica da propriedade em Roma⁸⁷, mas tal tarefa pode contribuir para trazer luzes aos estudos atuais sobre o tema, em especial sobre a teoria dos bens e dos direitos reais. O pensamento romano – voltado para a concretização da equidade e da boa organização social – trouxe uma grande contribuição ao pensamento jurídico e influenciou decisivamente inúmeras construções teóricas da Modernidade, que acabou por abandonar a flexibilidade das estruturas jurídicas que caracteriza esse Direito.

Saliente-se que foge ao escopo da presente tese uma leitura histórica pormenorizada e que tal conteúdo tem apenas a função de demonstrar como a propriedade enquanto ideia foi concebida ao longo dos séculos e dos diversos contextos culturais, nos quais lhe foram atribuídos valor e regras organizadas, sustenta-se que a descrição, ainda que sucinta, das estruturas proprietárias em cada uma dessas sociedades pode trazer contribuições importantes para a elucidação de alguns pontos controvertidos sobre essa noção.

Deve-se observar que, no mundo antigo, a noção de propriedade é fortemente influenciada por fatores econômicos e políticos, muito mais do que propriamente jurídicos. Nesse tipo de sociedade, a propriedade não é uma espécie de ponto de encontro em torno do qual confluem todas as coisas, mas algo profundamente integrado na realidade, tal como a própria noção de natureza e sua relação como o homem. Por esse motivo, não se deve analisar a noção tendo por base apenas os instrumentais conceituais e teóricos da atualidade⁸⁸, pois algumas noções que hoje se conhecem não são plenamente aplicáveis, e sim frutos do mundo em que surgiram.

⁸⁶ Cf. VILLEY, Michel. *Direito romano*. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora, 1995. p. 58. (Coleção Resjurídica).

⁸⁷ SCIALOJA, Vittorio. *Teoria della proprietà nel diritto romano: lezioni ordinate, curate e edite da Pietro Bonfante*, v. 1. Roma: Attilio Sampaolesi, 1928. p. 242.

⁸⁸ PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà: storia come evoluzione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 20.

O Direito antigo não foi pensado a partir do indivíduo, mas da realidade das coisas. A construção do Direito mediante a observação da realidade e a busca por padrões universais de justiça, a partir do método de Aristóteles, são as características marcantes do período. Por considerar que o modo de pensamento objetivo e realista dos antigos tem potencial para inspirar algumas soluções relativas à questão proprietária na atualidade, considerou-se oportuno dedicar um item do presente trabalho ao tema.

Longe de considerar as soluções antigas como ultrapassadas ou fora do contexto contemporâneo, o recurso ao pensamento antigo pretende demonstrar uma certa circularidade na história da propriedade, marcada por momentos de continuidade e posterior ruptura, para novamente promover um retorno ao que era considerado antigo ou obsoleto. Esse é o cerne do pensamento de Paolo Grossi⁸⁹, historiador do Direito que é um dos marcos teóricos da presente pesquisa.

Diversamente da Escola do Direito Natural moderno, que propõe o estudo do Direito a partir do homem enquanto indivíduo, o Direito antigo nos leva à apreciação desse mesmo homem enquanto parte de um todo ou *telos* social, que nos ajuda a definir ou resgatar a ideia de função social da propriedade, eixo temático principal de nossa abordagem. Eis as razões metodológicas da escolha.

1.2.1.1 A propriedade na Grécia e a concepção aristotélica

Diz o brocardo latino: *prius antidotum quam venenum* (primeiro o antídoto, depois o veneno). Trata-se de uma expressão romana que parece se aplicar com maestria ao contexto da exposição a ser feita, que se propõe inicialmente a justificar o uso da expressão “a propriedade na Grécia”. Socorrendo-nos do vocábulo grego *prin* – que significa “antes” ou “à frente” –, antes de proceder à análise da propriedade na Grécia, é importante salientar que, segundo abalizada doutrina, não se pode afirmar a existência de um Direito Grego, mas sim

⁸⁹ Uma breve síntese de tal pensamento pode ser encontrada em um texto de Grossi sobre a propriedade e o contrato, no qual esse autor sustenta que o pensamento jurídico sobre a propriedade tem percorrido um caminho histórico circular, que vai do fracionamento do domínio proprietário até a unificação em apenas um único direito de propriedade, conceitualmente erigido na Idade Moderna, para depois, mais uma vez, se desintegrar em várias propriedades. Com tal metáfora, ele faz menção ao pensamento medieval, ao pensamento moderno que o sucede e caminha até os dias atuais, quando se verifica uma revalorização da multiplicidade de propriedades (GROSSI, Paolo. Proprietà e contratto. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. Roma/Bari: Laterza, 2005. p. 128).

de “Direitos Gregos”, expressão que dá nome ao livro, *Introdução aos direitos gregos*, de Emanuele Stolfi⁹⁰.

O autor afirma que, de fato, nunca se chegou a uma unidade político-jurídica na península grega. Havia uma profusão de cidades-Estado que, apesar de centradas em torno da concepção de *pólis*, diferenciavam-se muito entre si e produziam Direitos diversos, adequados a cada um dos arranjos e agrupamentos existentes. Em verdade, na experiência grega, “o Direito – expressão que sequer existe no grego antigo – jamais se delineou plenamente como função social autônoma”⁹¹ e jamais se realizou um único Direito grego.

Estudar a temática da propriedade na Grécia importa levar em consideração essa diversidade e assumir que não existiu apenas um modelo jurídico na sociedade grega, mas modelos variáveis, conforme a cidade na qual se inseriam. Entendida a noção de mundo grego, a propriedade é examinada a partir dessa premissa, tratando de aspectos basilares que procuram, mediante corte epistemológico, demonstrar uma parte da propriedade neste contexto, sem pretensão exauriente.

No mundo grego, a questão proprietária dizia respeito especialmente aos bens imóveis, ou seja, à casa e ao terreno sobre o qual ela estava construída. A organização social grega se dava em torno da *pólis*, uma forma de coletividade organizada que se desenvolveu por toda a antiga Grécia, em torno da propriedade imobiliária e do culto do *nómos*, ou direito, entendido não necessariamente como uma lei escrita, mas, precipuamente, como costume social⁹². Para Platão e Aristóteles, a *pólis* surge como consequência da falência da família como agrupamento destinado a prover as necessidades legítimas de seus membros⁹³. Por isso a *pólis*, enquanto forma de organização alternativa à família, tem uma pretensão de autossuficiência, a *autarquia*, e deve ser estruturada de modo a alcançá-la, provendo o seu próprio sustento pela exploração de suas terras. O comércio exterior apenas cabe em caso de escassez de recursos naturais e não tem como objetivo o lucro, mas a manutenção de um equilíbrio que satisfaça as necessidades de todos os cidadãos⁹⁴.

O nascimento da *pólis* grega está diretamente ligado à reforma da pequena e da média propriedades, em detrimento do latifúndio. O grande número de camponeses que fornecia equipamentos de infantaria pesada para as guerras realizadas pelo Estado conseguiu se

⁹⁰ STOLFI, Emanuele. *Introduzione allo studio dei diritti greci*. Torino: Giappichelli, 2006. p. 3 et seq.

⁹¹ STOLFI, Emanuele. *Studi in onore di Remo Martini*. Milano: Giuffrè, 2009. p. 971-1059. (Collana di Studi “Pietro Rossi”, v. 3).

⁹² VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 17.

⁹³ Cf. FINLEY, Moses. *Economia e sociedade na Grécia antiga*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 5.

⁹⁴ Cf. FINLEY, loc. cit.

organizar e se opor ao latifúndio, representado pela aristocracia local e, desses pequenos agregados de terra, surgiu a noção de divisão territorial⁹⁵. Nesse período histórico, a participação política estava diretamente ligada à posse de terras, posteriormente evoluindo para permitir a participação de todos, inclusive daqueles que não detinham propriedade imobiliária, vindo a desaguar na ideia de democracia⁹⁶.

Tendo em vista a variabilidade do *nómos*, ou seja, o fato de cada *pólis* possuir seu próprio *nómos*, suas regras costumeiras, torna-se praticamente impossível a afirmação de que existiu um modelo proprietário grego, coexistindo, de fato, diversos regimes proprietários em conformidade com as regras – como dito anteriormente, não necessariamente escritas – de cada uma dessas organizações territoriais conhecidas como *pólis* ou cidades-Estado⁹⁷. A título exemplificativo, podem-se citar as cidades de Esparta e Atenas: na primeira, acaba por vigorar o coletivismo; em Atenas, a propriedade privada se desenvolve com maior força em virtude das reformas de Sólon. Em termos muito sintéticos, pode-se afirmar que, nas duas cidades, a propriedade privada se desenvolveu de modo diametralmente oposto. Em Esparta, as reformas ocorridas promoveram a concentração proprietária tendente à indivisibilidade e à inalienabilidade; em Atenas, movimento oposto tomou força⁹⁸.

Em decorrência do papel preponderante ocupado por Atenas na Antiguidade clássica, chegando mesmo a ser considerada como o modelo de *pólis*, o presente discurrer histórico toma por base a evolução no direito de propriedade ocorrida na sociedade ateniense, caracterizada pela coexistência de vários ordenamentos. Havia um Direito sacro, que independia da *pólis*, o Direito da *pólis* e o Direito familiar, que se desenvolvia em vários “micro-ordenamentos familiares”, agrupados em torno da divindade doméstica ou culto familiar.

O Direito sacro e o Direito familiar eram considerados pré-existentes à *pólis*. Pode-se afirmar que o Direito sacro é, de certo modo, desvinculado do ordenamento da *pólis* e que o Direito familiar funda a própria existência da *pólis*. Esse Direito familiar regia não só as

⁹⁵ FORESTI, Luciana Aigner. *Antichità classica*. In: Enciclopedia Tematica Aperta. *Parte Prima: Filosofia*. Milano: Jaca Book, 1993. p. 228.

⁹⁶ FORESTI, loc. cit.

⁹⁷ Essa é a afirmação de Giovanni Pellerino, para quem a diversidade de regimes proprietários na Grécia e em Roma impede que haja uma afirmação unívoca de um modelo proprietário nos dois contextos históricos. Por conta disso, esse autor propõe um estudo conjunto do modelo greco-romano, sustentando que, apesar da diversidade espaço-temporal, tais sociedades se aproximam justamente pela fragmentariedade do arquétipo proprietário. Na Grécia, tal característica se verifica nos variados regimes previstos nas diferentes *póleis*; em Roma, na existência de várias situações proprietárias ao lado do *dominium ex iure quiritium*, próprio do cidadão romano. (PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà: storia come evoluzione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 18).

⁹⁸ FORESTI, Luciana Aigner. *Antichità classica*. In: Enciclopedia Tematica Aperta. *Parte Prima: Filosofia*. Milano: Jaca Book, 1993. p. 228.

relações entre os membros de uma mesma família (interno), mas também o modo como as diferentes famílias deveriam se relacionar (externo)⁹⁹.

Cabe estabelecer que os gregos não possuíam um termo específico para designar o conceito de propriedade em termos jurídicos, o que surge apenas de uma construção posterior da jurisprudência romana¹⁰⁰. Os termos usados para definir o que se entendia por propriedade se referiam mais a uma noção material, um “conceito relativo e que se coloca como uma posse conforme o Direito”¹⁰¹. A propriedade era concebida como uma posse momentaneamente livre de pretensões alheias, de modo que uma pessoa poderia ser considerada proprietária de uma coisa apenas se não existisse outra que tivesse uma pretensão mais forte do que a sua posse do bem¹⁰².

Fontes mais remotas sugerem que, desde os estágios mais iniciais de desenvolvimento da civilização grega, a propriedade da terra era dividida entre os grupos familiares. Não é possível definir, contudo, se havia apenas o direito de uso e gozo ou se lhes era atribuída uma propriedade efetiva¹⁰³. Nesse particular, deve-se ressaltar que os estudiosos apontam que, desde o período tardo-micênico (cerca de 1200 a.C.), há escritos sobre a propriedade na Grécia antiga que sugerem a existência de dois modelos proprietários: a propriedade comum do povo, em regime de indivisão, que era administrada coletivamente e que correspondia à maior parte dos terrenos destinados aos pastos; e a propriedade privada dos grandes núcleos familiares – que possuíam em comum todos os bens que o compunham –, correspondente a uma parcela menor do território.

Fustel de Coulanges aponta que, na Grécia, a propriedade seguiu um curso inverso de evolução em relação ao que ocorreu na maioria das sociedades¹⁰⁴. Se, via de regra, na evolução das sociedades, atribuiu-se primeiramente mais importância à colheita do que à terra em si, na península grega, nos primeiros períodos da evolução da propriedade da terra, o proprietário do solo não tinha o domínio sobre os frutos produzidos pelo terreno, que eram

⁹⁹ CHIÀNTERA, Giuseppe. *La nascita dei diritti reali e la comproprietà nel diritto greco antico e nel diritto romano arcaico*. 2012. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/33606-la-nascita-dei-diritti-reali-e-la-compropriet-nel-diritto-greco-antico-e-nel-diritto-romano-arcaico>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

¹⁰⁰ ENCICLOPEDIA SAPERE.IT. Disponível em: <<http://www.sapere.it/enciclopedia/proprietà.html>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² CHIÀNTERA, Giuseppe. *La nascita dei diritti reali e la comproprietà nel diritto greco antico e nel diritto romano arcaico*. 2012. p. 1. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/33606-la-nascita-dei-diritti-reali-e-la-compropriet-nel-diritto-greco-antico-e-nel-diritto-romano-arcaico>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

¹⁰³ ENCICLOPEDIA SAPERE.IT. op. cit.

¹⁰⁴ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A cidade antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Edameris, 2006. p. 88.

comuns. Pode-se constatar um desenvolvimento particular na península grega, onde a propriedade privada se aplicou primeiro ao solo e apenas posteriormente à colheita.

Diversamente, em sociedades que não reconheciam a propriedade individual do solo, ao menos era reconhecida a possibilidade de apropriação individual dos frutos da colheita¹⁰⁵. As populações grega e itálica de um modo geral sempre reconheceram o direito de propriedade, o qual era necessariamente ligado à religião e à família¹⁰⁶. Cada família tinha seu culto particular a deuses domésticos, que a protegiam de modo exclusivo, e, diversamente, a *pólis* era consagrada a um determinado deus, ao qual se deviam sacrifícios e honrarias. Coexistiam os deuses públicos, da *pólis*, protetores de toda a cidade, e os deuses domésticos, particulares, que estavam vinculados a cada núcleo familiar de modo exclusivo. Cabia ao chefe da família, normalmente o homem, a administração do patrimônio familiar e a responsabilidade pelo culto doméstico.

O culto era feito por meio de um altar construído numa terra familiar. Por ele, a família se ligava a seu deus doméstico e ali devia permanecer, trazendo a noção de estabilidade física e religiosa. A propriedade da terra, consagrada ao deus familiar, estabelece um vínculo de pertencimento e de permanência entre todos os membros de uma mesma família, que deve perpetuar o culto no mesmo local e realizar as mesmas praxes e rituais ao longo do tempo. Garante-se, desse modo, a coesão familiar em torno de uma estrutura que gira em torno do “patriarca” e de seu deus, que provê as necessidades familiares e lhe garante continuidade e proteção.

A sociedade primitiva é construída ao redor dessa noção familiar. Família e terra se complementam: pode-se afirmar que a posse da terra consagrada ao deus familiar é o motivo da estabilidade da família, que necessariamente deve permanecer no mesmo local no qual se encontra o altar de seu deus. Cada lar tem sua divindade, o que estabelece sua identidade e o pertencimento de seus membros.

O objetivo da atribuição da propriedade era a conservação dos bens na estrutura familiar, e apenas indiretamente a tutela do indivíduo. A consagração da terra e da casa ao deus familiar fixa os laços de pertencimento e torna a família legítima proprietária dessa terra¹⁰⁷. O mundo antigo tinha, assim, uma concepção objetiva de propriedade, voltada para a

¹⁰⁵ FUSTEL DE COULANGES, loc. cit.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 89.

¹⁰⁷ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A cidade antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Edameris, 2006. p. 90.

coisa. Existe aí a ideia de um justo objetivo que deve ser alcançado, na qual a vontade individual não encontra espaço.

A propriedade privada se manifesta também no túmulo, que era sagrado e inviolável. O túmulo era familiar e todos os membros de uma família deviam ser enterrados nesse mesmo local, considerando-se sacrilégio enterrar alguém em túmulo que não fosse de sua família ou inserir um estranho no túmulo familiar¹⁰⁸. Uma vez enterrado, um morto jamais poderia ser mudado de lugar e, assim, a propriedade familiar da terra acaba por se justificar como modo de garantir o culto doméstico. A família tornava-se senhora da terra ao enterrar ali seus mortos, que permaneceriam no mesmo local para sempre e garantiriam a continuidade do culto: a propriedade da terra desempenhava papel fundamental na religião e perpassava a vida e a morte dos indivíduos, uma vez que era garantida para possibilitar o culto familiar.

A discussão proprietária girava em torno da posse e da propriedade da terra; todavia alguns estudos apontam que, inicialmente, havia um direito revogável de uso para os bens imóveis e um direito de propriedade para os bens móveis¹⁰⁹. No século IX a.C., a propriedade dos bens imóveis passa a coexistir com o simples direito de uso também para os bens imóveis, inicialmente como um privilégio concedido ao rei, depois a determinados cidadãos considerados beneméritos em virtude de serviços prestados à comunidade, até que a propriedade privada de bens imóveis foi progressivamente se generalizando, através do uso de terrenos não cultivados pela agricultura ou pasto¹¹⁰.

Já no século VII a. C, a terra ainda representa o bem primário. A propriedade de terra era condição necessária para a atribuição de cidadania e participação política. A ideia vigente era a de que a propriedade de uma gleba de terra ligava inexoravelmente o homem àquele solo e à estruturação territorial no qual o terreno se encontrava¹¹¹. Tal assertiva torna-se facilmente compreensível ao se levar em consideração que a agricultura era a principal atividade econômica e a propriedade de terras e animais era de fundamental importância para sustentar as constantes guerras realizadas.

O comércio era praticamente inexistente porque a economia era essencialmente agrícola e baseada na troca; mas, em especial, porque a acumulação não era bem-vista pela sociedade grega, cuja ética não via o enriquecimento como uma finalidade a ser alcançada. O sustento estava na terra, mediante a agricultura e a criação de animais. Diferenciam-se dois

¹⁰⁸ Ibidem, p. 93.

¹⁰⁹ ENCICLOPEDIA SAPERE.IT. Disponível em: <<http://www.sapere.it/enciclopedia/proprietà.html>>. Acesso em: 8 set. 2015.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà: storia come evoluzione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 31.

tipos de terras, com regimes jurídicos diversos: as terras para cultivo e as terras para pasto. Os terrenos de pasto eram considerados propriedade coletiva, indivisível e destinada ao uso comum; os terrenos cultiváveis eram divididos sob o regime da propriedade familiar¹¹².

A propriedade privada familiar nesse período deve ser entendida como uma copropriedade dos bens que compunham o patrimônio familiar, que pertenciam ao grupo em comum. Esse patrimônio era inalienável e indivisível. Posteriormente, através de longo processo de evolução, a propriedade sai do núcleo familiar e passa a ser individualmente atribuída¹¹³. Villey aponta que, a partir do século VI, houve grandes mudanças nos cenários político, econômico e social de Atenas, que culminaram na chamada “Crise do Século V”, caracterizada pela insegurança decorrente da erosão da ordem social convencional (*nómos*), bem como de sua progressiva perda de importância e substituição pelas noções de justiça (*díke*) e de natureza e sua ordem (*physis*)¹¹⁴.

Tal mudança de valores tem reflexos diretos na estrutura da propriedade familiar e da organização política das cidades-Estado. Inicialmente, permitiu-se que o indivíduo que tivesse um trabalho pudesse conservar os frutos desse trabalho para si, de modo independente do patrimônio familiar. Posteriormente, tornou-se possível a outorga de terras para aproveitamento individual.

Neste momento, inicia-se uma visão mais laica e estruturada do meio ambiente, até então dominada pelas noções de divindade e de mito. O *habitat* começa a ser concebido de maneira mais científica, também relacionada à matemática e às ciências naturais. As teorias dos pré-socráticos, em suas numerosas vertentes, são voltadas para o estudo da natureza e de seus processos naturais, ainda que não estejam totalmente afastadas do mito¹¹⁵. Data também desta época o *Corpus Hippocraticum* (entre 450 e 350 a.C), considerado um dos primeiros fundamentos das ciências ambientais, por trazer dentre os seus livros o “*Tratado das águas, ares e lugares*”. Inspirado num determinismo geográfico, versa sobre o papel ocupado pelo homem no ambiente natural, tratando também da influência do meio físico na saúde e na doença¹¹⁶.

¹¹² Ibidem. p. 31-2.

¹¹³ PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà: storia come evoluzione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 18.

¹¹⁴ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 18.

¹¹⁵ Cf. SPAREMBERGUER, Raquel Fabiana Lopes. A relação homem, meio ambiente, desenvolvimento e o papel do Direito Ambiental. *Revista Veredas do Direito*, v.2, n.4, jul-dez, 2005, p. 81-99. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/22_109.pdf>. Acesso: 20 fev. 2016.

¹¹⁶ DELORT, Robert; WALTER, François. *Storia dell'ambiente europeo*. Trad. di Manuela Carbone. Bari: Edizione Dedalo, 2002. p. 47.

Nos séculos V e IV a.C., Atenas inicia uma abertura aos estrangeiros que, em alguns casos, adquirem o privilégio especial de possuir terras, possibilidade ordinariamente concedida apenas aos cidadãos gregos. Surge uma nova classe de comerciantes que alcança o poder político mediante as reformas realizadas. Em Atenas, Sólon inicia uma série de reformas políticas que contribuíram para pavimentar o caminho para a democracia. Sólon idealizou um novo modo de participação política, não mais pautado na hereditariedade da propriedade da terra, e sim na condição econômica do cidadão que, uma vez enquadrado em uma das classes sociais então existentes, detinha maior ou menor participação política, em conformidade com tal enquadramento.

Além disso, promoveu importantes reformas relativas à propriedade familiar, sendo o responsável pela reforma do direito dos primogênitos no que concerne à herança, pela instituição do testamento em Atenas, pela abolição da escravidão por dívidas, pela proibição de os homens venderem suas filhas e irmãs.

Em relação à propriedade da terra, leis introduzidas por Sólon tornaram possível, em algumas situações, a alienação dos bens imóveis que, originalmente, eram considerados inalienáveis (tanto por ato *inter vivos* como *mortis causa*) e imprescritíveis, justamente em decorrência da necessidade de manutenção da propriedade familiar. Cabe esclarecer que a alienação não vem a ser admitida de modo irrestrito: era apenas possível para quem não tivesse prole, desde que a terra não ultrapassasse as dimensões fixadas por lei e as terras alienadas pudessem ser readquiridas pelo grupo familiar que as possuía¹¹⁷.

Na maioria dos casos, a compra e venda era acompanhada de ritos que a tornavam legítima perante os deuses domésticos, uma espécie de sacrifício religioso que dispensava a celebração de um contrato específico. Pode-se afirmar que, apesar das reformas introduzidas, a propriedade permanecia familiar. Inicialmente, a compra e venda era excepcional e, paulatinamente, torna-se uma prática comum, em virtude da influência das novas ideias, que priorizam a propriedade individual face à propriedade familiar coletiva¹¹⁸.

Em relação à hereditariedade, as reformas aboliram o privilégio dado ao primogênito, instituindo a divisão paritária da herança entre os filhos e a divisibilidade do patrimônio familiar. Anteriormente, a hereditariedade era restrita ao primogênito e a filha não era considerada herdeira porque o casamento importava a renúncia à religião do pai e a assunção

¹¹⁷ ENCICLOPEDIA SAPERE.IT. Disponível em: <http://www.sapere.it/enciclopedia/proprietà.html>. Acesso em: 8 set. 2015.

¹¹⁸ PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà: storia come evoluzione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 41.

do culto do marido¹¹⁹. Com a reforma, a filha torna-se capaz de herdar, desde que não haja filhos.

O testamento passou a ser permitido apenas nos casos em que não havia filhos. Até a reforma, a liberdade de testar não era reconhecida porque a propriedade deveria continuar vinculada à família para a qual foi constituída. A sucessão representa a continuação do pai no filho primogênito e a necessária continuação do culto doméstico, daí a desnecessidade de testamento, pois o fundamento da herança não está na vontade do pai¹²⁰. A religião traz o fundamento ao direito de propriedade e exige sua transmissibilidade por meio da hereditariedade e sua consequente indivisibilidade.

Por tal motivo, Fustel de Coulanges defende que o direito de propriedade então estabelecido era muito mais completo e absoluto que o atual, pois o vínculo que une o homem à terra na cidade antiga não se baseia na vontade, e sim na religião, que é irrenunciável¹²¹. Gustave Klotz traz um elemento novo ao estudo da cidade grega: o indivíduo¹²². O autor entende que a cultura grega manifestava um individualismo jurídico e que tal característica se faria sentir na administração da justiça e na celebração informal de contratos entre particulares. Quanto à solução dos litígios, aponta que o processo não pode ser iniciado de ofício pelo magistrado, cabendo à pessoa lesada iniciar o processo, proceder à citação por seus próprios meios, além de tomar a palavra em audiência sem auxílio de advogados. Além disso, salienta a inexistência de um ministério público que defenda a sociedade, o que demonstraria que o interesse público nem sempre prevalecia sobre o particular¹²³.

Com a organização da *pólis*, paulatinamente se desfaz a unidade de grupo (*ghénos*), num movimento que vai abolindo lentamente a propriedade familiar em prol da propriedade individual, que passa a ser entendida como o direito de usar e gozar do bem, assim como de aliená-lo e oferecê-lo em garantia. A reforma promovida por Sólon, que traz a possibilidade de alienação da terra, transforma a propriedade num meio de garantia de dívidas. Aquele que contrai um empréstimo passa a ter a possibilidade de oferecer sua própria terra como garantia ao credor, tornando-se uma prática comum a venda de uma terra ao credor, com a exoneração da obrigação de resgatá-la no vencimento da obrigação.

¹¹⁹ FUSTEL DE COULANGES FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A cidade antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Edameris, 2006. p. 113.

¹²⁰ FUSTEL DE COULANGES FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A cidade antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Edameris, 2006. p. 94.

¹²¹ *Ibidem*, p. 101.

¹²² KLOTZ, Gustave. *A cidade grega*. Tradução de Henrique de Araújo Mesquista e Roberto Cortes de Lacerda. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988. p. 191.

¹²³ KLOTZ, loc. cit.

Dessa forma, a alienabilidade da terra, a instituição do testamento e a abolição do privilégio do primogênito trazem importantes mudanças jurídicas que indicam um novo contexto social, não mais fundado na família como célula organizadora da sociedade e na propriedade familiar. Tais mudanças ocorrem em virtude de uma lenta evolução que se inicia a partir do século VI a.C. e culmina com a reforma democrática de Clístenes, na qual se afirma que a propriedade não mais decorre do pertencimento a um grupo familiar e sim da cidadania, que deve ser exercida de modo individual. Percorre-se um longo itinerário, que vai da força atrativa da família até a desagregação dessa ordem social, o que permitiu a transformação das estruturas da propriedade.

Outro ponto relevante para a compreensão da evolução da propriedade na Grécia antiga é o exame da noção de justiça no contexto grego. Maurício Mota, em importante texto sobre a contribuição do pensamento aristotélico para a Modernidade¹²⁴, afirma que na Antiguidade grega “o senso de justiça se expressa de forma mitológica”. Isso significa que, para o grego, a realidade das coisas e o modo de ver o mundo eram dominados pelo mistério e pelo sobrenatural, mistério apenas acessível a alguns indivíduos privilegiados pela posição ocupada na hierarquia religiosa.

Apenas no século VI a.C., face a mudanças sociais, políticas e econômicas de grande vulto, a visão mítica se torna insatisfatória porque insuficiente para explicar a situação circundante e, assim, se propugna uma nova cosmovisão, voltada para o real. O pensamento mítico continua existindo como uma forma de tradição, mas lentamente vai sendo substituído por uma nova forma de ver e explicar o mundo. Essa foi a visão dominante até a crise do século V a.C., quando o costume tradicional (o *nómos*, ou o Direito de Atenas) se coloca em confronto com as noções de justiça (*diké*) ou de ordem natural (*physis*).

No século IV a.C., as filosofias de Platão e de Aristóteles propõem também a crítica da ordem social tradicional. A estruturação do pensamento, a partir da noção de realidade ordenada conforme um princípio (*logos*), se volta para o ser e a natureza humana, e não para o cosmos. A polêmica entre comunitarismo *versus* propriedade privada se faz sentir no “embate” filosófico entre Platão e Aristóteles, a começar pela política, elemento estruturante da sociedade grega. Enquanto Platão era um idealista e partidário do comunitarismo,

¹²⁴ MOTA, Maurício. O contributo aristotélico para a formação do pensamento jurídico ocidental. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 281-307, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10804/8405>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

Aristóteles defendia a propriedade privada como instrumento necessário à prática da virtude e da generosidade¹²⁵.

Em Platão, o justo decorre das ideias, e não diretamente da observação dos fatos aparentes. A condição da natureza é apenas um ponto de partida para a extração do justo, a partir das ideias que surgem da observação. A observação é um ponto de partida para o surgimento das ideias, que devem ser colocadas dialeticamente e separadas da natureza, de modo que o ideal não deve necessariamente coincidir com o real. Essa linha de pensamento o leva a propor um comunitarismo de vértice, por entender que a propriedade era a causa precípua das guerras e da discórdia social e que sua supressão permitiria a eliminação dos instintos egoístas. A organização social deveria estar baseada na comunidade igualitária dos filósofos, os quais estariam livres de interesses pessoais ao renunciar a toda e qualquer propriedade¹²⁶.

Em Aristóteles, a teoria platônica das ideias é modificada e desemboca numa metafísica teleológica, que parte da observação da natureza em busca do real, sem idealismos. Sua noção de natureza se liga à finalidade, pois o cosmos seria também um todo ordenado por uma inteligência superior em função de uma finalidade. O Direito é, nessa perspectiva, fruto de uma ordem objetiva de coisas. Inaugura-se um Direito Natural objetivo, de cunho experimental, com conclusões flexíveis, moldadas em conformidade com as realidades apresentadas pela observação da natureza. Sobre o tema, é importante esclarecer que o conceito de natureza não se resume ao estado das coisas em seu estado bruto, mas especialmente à noção de finalidade, fundamental para o pensamento aristotélico. Essa natureza é o que cada ser ou coisa deve ser, pois a natureza de cada um é o seu fim.

Quanto ao impacto da intervenção do homem no meio ambiente, pode-se afirmar que, apesar de intervenções pontuais, de um modo geral, não havia uma grande preocupação com a questão no período, pois o cenário ambiental não demandava uma particular sensibilidade ecológica¹²⁷. A economia era essencialmente agropastoril, a paisagem dificilmente sofria alterações e mudanças climáticas, o que justificava uma tutela adaptada ao seu tempo.

¹²⁵ Villey assim define as diferenças entre os filósofos: “Platão tem os olhos voltados para o céu, o pretenso céu das ideias, Aristóteles olha a terra e reabilita a experiência sensível. [...] É um método muito diferente do de Platão que Aristóteles emprega no estudo da política e do direito” (VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 38).

¹²⁶ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 23.

¹²⁷ BEARZOT, Cinzia. Uomo e ambiente nel mondo antico. *Rivista della scuola superiore dell' Economia e delle* Roma, ano I, numero 2, p. 9-18, aprile-settembre 2004. Disponível em: <http://www.rivista.ssef.it/www.rivista.ssef.it/site5f26.html?page=20040705142022807>. Acesso em: 23 fev. 2016.

Todavia algumas questões começavam a ganhar corpo com o surgimento da *pólis* e a ocupação das cidades.

Platão discute na “Crizia” - um conjunto de diálogos considerado como o primeiro texto sobre a história do meio ambiente - a variação ambiental na região ática num arco de tempo de 9000 anos¹²⁸. Descreve o desmatamento ocorrido na região e o desaparecimento de florestas e fontes, apontando intervenção desmedida do homem como causa das profundas modificações ocorridas, que acabaram por gerar terremotos, dilúvios e outros fenômenos naturais. Aristóteles foi o primeiro a delinear, ao lado da física, que tratava de objetos inanimados, uma história natural centrada no homem e nos animais, mas considerada separadamente do que os seres vivos produzem.

A filosofia aristotélica entende que só é possível conhecer um objeto se este é colocado dentro do seu contexto natural geral, o seu ambiente espaço-temporal. Por isso parte da observação do homem e, uma vez transmitida suas observações aos seres vivos e naturais (incluído o próprio homem), estes devem ser separados de tudo de artificial que produzem. Da combinação destes componentes naturais e artificiais resulta a cidade, sob o governo supremo da ordem natural¹²⁹.

Com base na lógica aristotélica, surgem as primeiras intervenções no meio ambiente, relativas à edificação desordenada e à poluição nos grandes centros urbanos. Em Atenas, havia grande falta de água e foram feitas intervenções legislativas com o intuito de realizar uma gestão racional dos recursos hídricos. Em toda a região da Ática, Plutarco, no século V, descreve episódios de desvio abusivo dos cursos de água e uma lei Sólon disciplina detalhadamente o uso de águas públicas¹³⁰. Teofrasto, apontado como o precursor de uma ética ambiental ou ecologista, opõe-se ao antropocentrismo de Aristóteles, aduzindo que o fim das coisas naturais não pode ser identificado no homem, mas na sua realidade intrínseca e nas suas relações recíprocas. A natureza é autônoma e a existir por si mesma, ainda que o homem faça parte dela¹³¹.

¹²⁸ DELORT, Robert; WALTER, François. *Storia dell'ambiente europeo*. Trad. di Manuela Carbone. Bari: Edizione Dedalo, 2002. p. 67.

¹²⁹ DELORT, Robert; WALTER, François. *Storia dell'ambiente europeo*. Trad. di Manuela Carbone. Bari: Edizione Dedalo, 2002. p. 68.

¹³⁰ MARUOTTI, Laura Solidoro. *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica: L'esperienza del mondo antico*. Torino: Giappichelli, 2009. p. 52.

¹³¹ BEARZOT, Cinzia. Uomo e ambiente nel mondo antico. *Rivista della scuola superiore dell' Economia e delle* Roma, ano I, n. 2, p. 9-18, aprile-settembre 2004. Disponível em: <http://www.rivista.ssef.it/www.rivista.ssef.it/site5f26.html?page=20040705142022807>. Acesso em: 23 fev. 2016.

Por sua importância para a doutrina jurídica moderna, examinaram-se algumas noções aristotélicas sobre a justiça e o Direito, a fim de que fosse possível a compreensão do conceito de propriedade privada no pensamento do autor. Aristóteles propõe duas espécies de justiça: a geral e a particular. A primeira tem uma acepção ampla e se identifica com a virtude moral, sendo definida como a “disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo”¹³². A justiça geral é considerada a virtude completa porque engloba todas as outras – por exemplo, a temperança e a prudência. Esse sentido de justiça possui relação direta com a moralidade, e não com o Direito, por tratar da virtude do homem justo, da justiça que existe em mim, subjetiva (*dikaios*)¹³³.

A justiça particular é uma parte da justiça geral e se refere à coisa justa (*dikaion*), é a justa medida entre dois extremos. Essa concepção de justiça se relaciona com o Direito que, exterior ao homem, encontra-se nas coisas justas, o justo fora de mim, o justo meio objetivo. A conduta humana é dirigida por uma finalidade¹³⁴ e em cada ação há o mais, o menos e o igual: o justo é o meio-termo entre o mais e o menos, entre a falta e a escassez e se alcança por meio do igual¹³⁵. A justiça particular cuida da distribuição de bens e honrarias entre os cidadãos (justiça distributiva) e da correção das transações entre os indivíduos (justiça corretiva)¹³⁶.

Na distribuição de posses e cargas a alguém, deve-se observar uma proporção entre quatro termos: dois sujeitos, comparados entre si, e dois objetos. O justo é a proporção que deve ser atribuída a cada um, em igualdade geométrica, em conformidade com seus méritos. A repartição deve ser feita em conformidade com as condições pessoais de cada um, de forma que os iguais recebam partes iguais e os diferentes, partes diferentes. Na justiça corretiva, o objetivo é o restabelecimento de um equilíbrio rompido, o que apenas pode ser feito por uma razão aritmética como critério de justa repartição¹³⁷. Portanto, presente uma desigualdade gerada pela desproporção, cabe ao juiz igualá-la mediante a fixação de um intermediário entre a perda e o ganho.

¹³² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro V. 1. seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução de Leonel Vallandro. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os Pensadores).

¹³³ MOTA, Mauricio. O contributo aristotélico para a formação do pensamento jurídico ocidental. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 292, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10804/8405>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

¹³⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro I, 7, v. 2. seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução de Leonel Vallandro. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os Pensadores).

¹³⁵ *Ibidem*, livro V, 3.

¹³⁶ *Ibidem*. livro V. 3.

¹³⁷ *Ibidem*, livro V, 4.

Maurício Mota sintetiza a noção, ao aduzir que, para Aristóteles, “direito é, desse modo, uma relação entre substâncias, por exemplo, entre casas e somas em dinheiro, que, numa cidade, se repartem entre seus proprietários”¹³⁸. Na ordem natural, a cidade tem prevalência sobre o indivíduo, o todo é priorizado em relação à parte e deve ser levado em consideração quando da distribuição dos recursos, honrarias e encargos¹³⁹.

Ao homem deve ser atribuída propriedade para poder satisfazer às suas necessidades, mas tal atribuição deve ser feita tendo como objetivo uma causa final, que é garantir o sustento da casa e servir a uma vida virtuosa, o que pode ocorrer de modos variados. Por conta disso, estabelece algumas combinações entre a propriedade dos bens e seu uso, a fim de verificar sua aplicabilidade na *pólis*: 1) propriedade privada e uso comum; 2) propriedade comum e uso privado; 3) propriedade comum e uso comum¹⁴⁰.

A despeito das combinações previstas, causa espanto a não previsão da propriedade privada e do uso privado, o que leva ao questionamento da efetiva defesa aristotélica da propriedade privada: seria ele um “comunitarista”, como Platão? A resposta adequada passa por uma reflexão mais acurada sobre a filosofia de Aristóteles, em especial sobre a justificativa filosófica que ele propõe sobre a propriedade privada. Nos parágrafos anteriores do presente estudo, salientou-se a associação entre a propriedade e a virtude do cidadão, o que deixa transparecer que, para Aristóteles, a fundamentação do direito de propriedade é eminentemente política, pois esse direito deve ser exercido dentro da *pólis* pelo cidadão como requisito de uma vida virtuosa.

A virtude pressupõe um equilíbrio, uma justa medida entre as coisas, um justo objetivo baseado numa proporção. Seria a propriedade necessariamente ordenada para o bem comum e, por isso, o filósofo não associa a propriedade privada ao uso privado do bem objeto da propriedade, pois seu uso terá sempre como objetivo o bem da *pólis*. Tal assertiva torna-se evidente quando se examinam as justificativas aristotélicas para o direito de propriedade, sempre em contextos específicos que dizem respeito a algum tipo de agrupamento social, pois, segundo ele, o homem é um animal político. Três são as perspectivas trazidas, da mais restrita a mais ampla, nas quais ele procura demonstrar que a *pólis* decorre da agregação de comunidades naturais mais básicas, como a família.

¹³⁸ MOTA, loc. cit.

¹³⁹ ARISTÓTELES, *A Política*. Livro II. Capítulo II. 1263 a. Brasília: Editora UNB, 1985.

¹⁴⁰ ARISTÓTELES, *A Política*. Livro II. Capítulo II. 1263 a. Brasília: Editora UNB, 1985.

A primeira justificativa se insere no contexto da casa; a segunda trata da propriedade na cidade; por fim, ele estabelece a relação entre propriedade e cidadania¹⁴¹. A propriedade, no primeiro âmbito, estabelece o domínio do chefe de família para garantir o sustento da casa. Trata-se de uma propriedade conferida a alguém em virtude de uma posição específica, a de senhor da casa, e não enquanto sujeito de direito individual. A justificação econômica da referida propriedade se relaciona diretamente com um objetivo, que é a satisfação das necessidades da casa pelos modos naturais de aquisição da propriedade, entre eles a agricultura, a criação de gado e a troca de gêneros alimentícios¹⁴².

A justificação da propriedade na cidade liga-se à reflexão acerca da titularidade privada ou coletiva dos bens. Aqui se põe a associação supramencionada sobre a propriedade e seu uso. Aristóteles entende que na *pólis* a propriedade está destinada ao uso comum, que seria o modo de uso compatível com a virtude ordenada para o bem comum e para o exercício da generosidade. Dentre todas as combinações possíveis entre propriedade e uso, a mais perfeita é a propriedade privada associada ao uso comum.

Para Aristóteles, a combinação entre propriedade privada e uso comum é a mais eficaz para garantir o equilíbrio na cidade¹⁴³. A propriedade comum é tida como fonte de brigas e discussões relativas ao modo de distribuição dos recursos. Além disso, por conta da ausência de delimitação do âmbito de atuação dos coproprietários, os bens comuns, que não são objetos de propriedade privada, tendem a ser negligenciados, pois todos se sentem desobrigados do cuidado do bem. Já a propriedade privada tende a tornar os indivíduos mais dedicados e virtuosos, pois cada um cuidará do que lhe pertence. Por outro lado, a propriedade privada estimula os prazeres, dentre eles o amor próprio e o prazer de ajudar os amigos, favorecendo a amizade e o exercício de virtudes como a generosidade e a moderação¹⁴⁴.

O argumento da generosidade é central para justificar a opção pela propriedade privada com o uso comum. Isso porque a propriedade privada deve ser usada não apenas para benefício próprio, mas também para o bem dos amigos e da cidade. A propriedade privada tornaria possível o exercício da virtude. Tal afirmação gera perplexidade ao jurista moderno, pois a ele o uso comum parece configurar uma negação do caráter privado da propriedade. Contudo, no pensamento aristotélico, tal uso comum não significa a renúncia à propriedade privada; pelo contrário, torna possível seu melhor exercício: o uso comum dos bens privados

¹⁴¹ BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 69.

¹⁴² *Ibidem*, p. 70-71.

¹⁴³ BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 73.

¹⁴⁴ BRITO, loc. cit.

possibilitaria a felicidade da cidade, necessariamente ligada ao desenvolvimento de virtudes como a amizade e a generosidade.

Outro questionamento relevante seria como concretizar o uso comum de bens privados. Aristóteles, diversamente de Platão, não propõe um comunitarismo de vértice, implantado pelas leis, mas defende que, pela educação, os cidadãos podem ser formados para a virtude e para o exercício generoso e moderado do direito à propriedade privada, sempre levando também em consideração os interesses de seus amigos e o da *pólis*. Ele entende que tal exercício virtuoso deve ser aperfeiçoado pelas boas práticas e pela ordenação de leis corretas¹⁴⁵.

Aristóteles defende o uso comum das terras mediante o uso amistoso, de modo que nenhum cidadão seja privado de sua subsistência. Para que isso seja possível, ele propõe uma distribuição da propriedade na cidade, nos seguintes termos: as terras devem ser divididas em dois tipos – as terras de propriedade pública e as terras de propriedade privada¹⁴⁶. Feita essa primeira divisão, deve-se proceder a uma outra repartição dessas terras: as terras públicas devem ser divididas entre uma parte destinada ao culto religioso e outra destinada aos pastos coletivos, que devem ser mantidos com os produtos por ele gerados; e a propriedade privada deve ser dividida em uma parte próxima da fronteira e outra próxima da cidade, de modo que fiquem destinados dois lotes a cada cidadão e que todos partilhem ambas as áreas¹⁴⁷.

A terceira fundamentação trazida para a propriedade privada é política e está aliada à ideia de cidadania. Todos os cidadãos devem ser proprietários, pois a felicidade é gerada pela vida virtuosa e a propriedade permite o desenvolvimento da virtude, ao mesmo tempo em que a pressupõe. A propriedade é a base da cidadania e se subordina a considerações políticas, sendo condição de existência da *pólis*, e não parte constitutiva. Para Aristóteles, a felicidade não pode existir dissociada das qualidades morais. Logo, a propriedade requer a generosidade e a moderação, virtudes morais a serem desenvolvidas. Para compreender tal divisão, não se deve descurar que, para Aristóteles, há três tipos de bens: os bens exteriores, os bens do corpo e os bens da alma, previstos de modo hierárquico. Dos três tipos, os bens da alma são os mais importantes e condicionam todos os demais¹⁴⁸.

Quanto à moderação, o proprietário deve apenas manter para si o necessário para o sustento da casa. A aquisição ilimitada de bens não se coaduna com a busca pela vida virtuosa, que deve guiar todos os cidadãos e, por esse motivo, atividades que ele considera

¹⁴⁵ ARISTÓTELES, *A Política*. Livro II. Capítulo II. 1263 a. Brasília: Editora UNB, 1985.

¹⁴⁶ ARISTÓTELES, *A Política*. Livro VII. Capítulo IX, 1330a. Brasília: Editora UNB, 1985.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ ARISTÓTELES, *A Política*. Livro VII. Capítulo I, 1323 b. Brasília: Editora UNB, 1985.

não naturais, como o comércio, não cooperam para o bem comum porque se destinam à acumulação de riquezas. A arte natural de enriquecer pertence à economia doméstica, já as atividades de crematística, voltadas para a aquisição artificial baseada no comércio, não são naturais e devem ser limitadas¹⁴⁹.

É importante frisar que a noção de Economia que se tem hoje não se encontra presente no mundo grego. A palavra *economia* tem origem no grego *oikonomikos*, composta pelo radical *oikos* – que significa casa – e pelo sufixo *nem*, que pode ser traduzido como “organizar” ou “administrar”. Essencialmente, na sociedade grega, economia significa a organização e a administração da casa¹⁵⁰. Jenofonte, autor grego de meados do século IV a.C., escreveu obra, em forma de diálogo socrático, intitulada *Oikonomikos*, um guia para o cavalheiro ateniense, que tratava de questões variadas, entre elas as relativas a uma vida boa, ao uso adequado da riqueza, às virtudes do chefe da família e da mulher esposa, bem como sobre o modo de administrar a casa e os escravos¹⁵¹.

De fato, o conteúdo abordado se assemelha mais com um tratado sobre ética do que com um Manual de Economia, como se conhece, visto que a obra não faz menção a nenhum princípio econômico, nem à eficiência da produção¹⁵². Com o *oikos*, enfatizava-se o aspecto da propriedade ligado à casa e à autoridade do chefe da família, bem como ao domínio sobre seus bens. Há uma clara aproximação com a noção aristotélica, qual seja, uma economia doméstica vinculada à moral¹⁵³.

Apesar de trazer inúmeras ideias sobre a propriedade na *Política*, é na *Retórica* que Aristóteles estabelece seu conceito como “o direito de alienação ou não, entendendo por alienação a doação ou a venda”¹⁵⁴. O poder de alienar é um marco característico da sistematização da propriedade na lógica aristotélica, que tem como ponto de partida a propriedade na perspectiva da casa, englobando os bens necessários a seu sustento. Em certa medida, tal noção se aproxima do *pater familias* romano e do *dominium* sobre seus bens. Para Miguel Nogueira de Brito, tal conceito se aproxima, no plano filosófico-político, da estruturação do *dominium* romano (ainda que se distancie bastante do conceito jurídico)¹⁵⁵.

¹⁴⁹ ARISTÓTELES, *A Política*. Livro I, Capítulo V, 1257 b. Brasília: Editora UNB, 1985.

¹⁵⁰ FINLEY, Moses. *La economía de la Antigüedad*. Tradução de Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 11-2.

¹⁵¹ FINLEY, Moses. *La economía de la Antigüedad*. Tradução de Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 11-2.

¹⁵² FINLEY, loc. cit.

¹⁵³ ARISTÓTELES, *A Política*. Livro I, Capítulo III, 1258 b. Brasília: Editora UNB, 1985.

¹⁵⁴ ARISTÓTELES. *Retórica*. 1361a. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. p. 110.

¹⁵⁵ BRITO, Miguel Nogueira. de. *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: FFMS, 2010. p. 69.

Conquistadores, os romanos foram conquistados pela eloquência da filosofia grega, e seu Direito foi por eles influenciado. Os filósofos gregos trouxeram a Roma a cultura intelectual necessária ao posterior desenvolvimento da jurisprudência. Segundo Villey, o Direito Romano “parece surgir na história como aplicação da doutrina aristotélica”¹⁵⁶, uma vez que, em seus delineamentos gerais, continuou a tradição filosófica aristotélica. Por conta dessa associação entre as culturas grega e romana, o próximo passo é o estudo da ideia de propriedade em Roma.

1.2.1.2 A evolução da propriedade na antiga Roma

O estudioso que se propõe a analisar a propriedade em Roma, de imediato, se depara com algumas questões preliminares que perpassam todo o seu estudo. A primeira é de ordem etimológico-semântica e diz respeito à multiplicidade de significados dados ao vocábulo *propriedade* (do latim *proprium*)¹⁵⁷. A segunda se refere ao objeto da propriedade, às coisas que em latim se expressam pela palavra *res*, possuindo um significado amplíssimo, podendo significar uma série de realidades materiais ou imateriais¹⁵⁸. Fato é que, na língua latina, por sua riqueza terminológica e complexidade semântica, uma mesma palavra pode expressar muitas realidades e possuir muitos significados.

Por essa razão, conforme salienta Antonio Gambaro, se, em Platão e Aristóteles, a propriedade era essencialmente um problema relativo à riqueza, para os romanos, a propriedade é um problema sistemático¹⁵⁹. Na tradição da técnica jurídica romana, o problema da propriedade se traduz como uma questão essencialmente de demarcação, isto é, de delimitar o que está dentro e o que está fora da esfera proprietária: diferenciar a propriedade da posse, dos direitos obrigacionais e também de outras figuras jurídicas que lhe são próximas. Nesse particular, Pietro Bonfante – em seu clássico Curso de Direito Romano, em

¹⁵⁶ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 74.

¹⁵⁷ Natalino Irti, em estudo sobre a nomenclatura jurídica, sustenta que, em se tratando de propriedade, o estudo semântico não pode trazer grande utilidade. Levando em consideração que propriedade vem do latim *proprium*, tal etimologia não se presta a esclarecer seu significado atual, pois este depende de uma praxe linguística muito específica (IRTI, Natalino. Note per uno studio sulla nomenclatura giuridica. In: _____. *Norme e fatti*. Milão: Giuffrè, 1984. p. 165 e seq.).

¹⁵⁸ GAMBARO, Antonio. La proprietà: beni, proprietà, comunione. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo. *Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 199.

¹⁵⁹ GAMBARO, loc. cit.

especial sobre a teoria da propriedade, ministrado no ano acadêmico 1909-1910, na Universidade de Pavia – em sua aula introdutória, já advertia sobre as dificuldades relativas ao tema, em especial no Direito Romano, de caráter assistemático e que reconhece várias espécies de senhorio sobre uma coisa, mas não a todas estende o qualificativo ou título de propriedade¹⁶⁰.

Quanto à terminologia usada para expressar a noção, a consulta às fontes traz nomenclaturas distintas, variáveis conforme o momento histórico nas quais estavam inseridas¹⁶¹. De fato, há uma multiplicidade de palavras e de regimes jurídicos no Direito Romano ao longo de sua evolução, sendo difícil estabelecer uma única noção de propriedade em Roma – tal como ocorre na Grécia, conforme salientado no item anterior do presente trabalho¹⁶². Tanto na Grécia como em Roma, havia diversidade de estatutos proprietários, o que torna inviável a afirmação de que havia uma unidade. Os textos romanos mencionam duas palavras: *dominium* e *proprietas*.

O primeiro termo teve um significado amplo, que se aproximava do conceito de soberania sobre as coisas do *pater familias* (*dominus*). O vocábulo *proprietas* é uma derivação do adjetivo *proprius* e designa uma pertinência exclusiva e absoluta sobre uma coisa. Na sua origem, era considerado sinônimo de domínio; contudo, enquanto este se aproxima da noção de sujeição universal das coisas pelo homem, aquele possui uma acepção mais restrita, referindo-se ao título particular que um indivíduo possui sobre um bem¹⁶³. Na dicção de Francesco Angioni-Contini, *proprietas* e *dominus* são dois modos de expressar o mesmo fenômeno – a senhoria – sob perspectivas distintas: enquanto a palavra *dominium* é comumente utilizada para expressar um caráter subjetivo (e, via de regra, aparece nos textos

¹⁶⁰ PAVESE, Ateneo. *Corso di diritto romano del prof. Pietro Bonfante: teoria della proprietà*. Anno accademico 1909-1910. A cura di P. Ciapessoni. Pavia: Stab Tip. Caio Rossetti, 1910. p. 28.

¹⁶¹ Giovanni Pellerino traz uma análise histórica da propriedade em Roma e dedica um item de sua obra à evolução da terminologia usada em Roma para indicar a propriedade (op. cit., p. 55-9) (ROMANGUERA, Manuel Vte Febrer. El concepto de propiedad inmueble e nel derecho comun y su influencia en los fueros valencianos. *Glosae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, n. 5-6, p. 391, 1993-94. Disponível em: <<https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/27899/1/19-EI%20concepto%20de%20propiedad%20inmueble%20en%20el%20Derecho%20Común%20y%20su%20influen%20en%20los%20fueros%20valencianos.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2015).

¹⁶² PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà: storia come evoluzione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 19.

¹⁶³ ROMANGUERA, Manuel Vte Febrer. El concepto de propiedad inmueble e nel derecho comun y su influencia en los fueros valencianos. *Glosae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, n. 5-6, p. 391, 1993-94. Disponível em: <<https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/27899/1/19-EI%20concepto%20de%20propiedad%20inmueble%20en%20el%20Derecho%20Común%20y%20su%20influen%20en%20los%20fueros%20valencianos.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

associada à palavra *jus*), o termo *proprietas* tem caráter mais objetivo e frequentemente aparece ligado à palavra *res*¹⁶⁴.

Bonfante salienta que a primeira denominação da propriedade, em sentido literal, é a de *mancupium* ou *mancipium*, derivada de *manus*, palavra que possuía um significado genérico da *potestas*, seja do rei, do magistrado ou do *pater familias*¹⁶⁵. Igualmente, Ugo Brasilello, para quem a primeira expressão romana a cristalizar a ideia de propriedade, ainda que os romanos jamais a tenham conceituado, foi a *mancipium*, que designa todo o poder que decorre da *manus*, o poder do que se pode tocar com a mão¹⁶⁶.

Na jurisprudência clássica, o uso da palavra com este significado desapareceu e o termo *mancipium* no vocabulário jurídico passou a significar o poder sobre os *fili familias*, que foram vendidos ou dados pelo seu *pater familias* ao poder de um outro *pater*¹⁶⁷. Nesse momento histórico, a palavra que designa a propriedade é *dominium* e seu titular é definido como *dominus*. Cumpre ressaltar que também o *dominium* possui uma acepção lata e é possível encontrar outras locuções nas quais a palavra está presente, tais como o *dominus hereditatis*, o *dominus contractus*, o *dominus litis* e o *dominus usufructus*.

Posteriormente, os juristas da época romano-helênica usam o termo *proprietas* para expressar a propriedade e diferenciá-la do usufruto mediante uma antítese: *dominus proprietatis* em oposição ao *dominus usufructus*¹⁶⁸. Fora dessa contraposição, a palavra aparece apenas em interpolações feitas aos textos dos juristas mais antigos, como, por exemplo, a expressão *dominus proprietarius*, uma derivação interpolada do *dominus proprietatis*.

A propriedade também pode ser designada por fórmulas que ressaltam a senhoria ou o pertencimento, tais como a expressão *in re potestas*. O proprietário, pela pronúncia de uma fórmula previamente definida, afirma o domínio que detém em relação à coisa. Por exemplo, a fórmula: *res mea est, res in bonis meis est*; ou, no Direito Quiritário, a fórmula *meum esse ex jure quiritium*¹⁶⁹, ou seja, a coisa é minha em virtude do Direito Quiritário. Os antigos intérpretes do Direito Romano procuravam extrair o conceito de propriedade a partir dos

¹⁶⁴ ANGIONI-CONTINI, Francesco. *Della proprietà secondo il diritto romano: studio storico, dommatico-critico*. Sassari: Azuni, 1877. p. 58

¹⁶⁵ PAVESE, Ateneo. *Corso di diritto romano del prof. Pietro Bonfante: teoria della proprietà*. Anno accademico 1909-1910. A cura di P. Ciapessoni. Pavia: Stab Tip. Caio Rossetti, 1910. p. 30.

¹⁶⁶ BRASIELLO, Ugo. Brevi note sul concetto di proprietà privata. In: BRASIELLO, Ugo et al. *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, v. 1. Milano: Giuffrè, 1943. p. 31.

¹⁶⁷ BRASIELLO, loc. cit.

¹⁶⁸ BRASIELLO, Ugo. Brevi note sul concetto di proprietà privata. In: BRASIELLO, Ugo et al. *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, v. 1. Milano: Giuffrè, 1943. p. 32.

¹⁶⁹ Cf. VILLEY, Michel. *Direito romano*. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora, 1995. p. 41. (Coleção Resjurídica).

elementos trazidos pelas Institutas de Justiniano, afirmando que esta constituía uma *potestas in re* ou uma *potestas ilibada*.

Também no Código de Justiniano e no Digesto se intentou ver um fundamento que permitisse a definição de propriedade em Roma, mais especificamente no parágrafo que continha o inciso *dum re sua se abuti putant*, o que permitiu a formulação do clássico conceito romano como um direito a usar, fruir e abusar livremente das coisas. Contudo, conforme salienta doutrina abalizada, os romanos não definiram o direito de propriedade¹⁷⁰: a definição que se conhece como proveniente do Direito Romano nada mais é do que fruto de estudos ocorridos na Idade Média, que buscavam conceituar o que seria a propriedade romana. Na realidade, os romanos possuíam um gênio eminentemente prático, voltado para a solução de problemas concretos, e não se dedicaram a elaborar conceitos jurídicos, pois não viam no Direito uma ciência, e sim uma arte construída dialeticamente.

É munido desse discernimento que Bonfante adverte que o citado conceito de propriedade, comumente atribuído ao Direito Romano, nada mais é do que uma “ilusão do fetichismo exegético que induzia a procurar no *Corpus Iuris Civilis*, mesmo após a queda do Império Romano, o modelo e a fonte do pensamento jurídico”¹⁷¹. O citado romanista aponta que o adágio que define a propriedade como *ius utendi et abutendi re sua* tem inspiração num excerto das Pandectas, que trata do possuidor de boa-fé diante da petição de herança e de sua responsabilidade pelas coisas consumíveis (*res quae in abusu consistunt*). Ele, diante da *hereditas petitio*, não está obrigado *si quid dilapidaverunt perdiderunt, dum re sua abuti putant*, isto é, pelo uso regular das coisas consumíveis. O significado correto de *abuti* ou *abusus* se traduz como consumir e não abusar. Desse modo, não há fundamento histórico para a afirmação de que o proprietário podia abusar da coisa e apregoar a existência de uma propriedade sem limites no Direito Romano.

Igual observação apresenta Aurora Vesto, ao tratar da dimensão histórica da lógica proprietária, aduzindo que a definição da propriedade como *ius utendi et abutendi* foi fruto do gênio inventivo medieval, a partir de interpolações dos textos romanos, e que, na verdade, não aparece nas fontes romanas¹⁷². A tradução literal seria “o direito de usar e abusar da coisa”, mas alguns romanistas redimensionam seu significado, que seria fruto de uma tradução errônea, que interpreta *abutendi* como “abusar”, quando o correto seria “consumir”. Não é outra a advertência de José de Oliveira Ascensão, para quem a associação entre a propriedade

¹⁷⁰ Cf. BARASSI, Lodovico. *Proprietà e comproprietà*. Milano: Giuffrè, 1951. p. 13.

¹⁷¹ PAVESE, Ateneo. *Corso di diritto romano del prof. Pietro Bonfante: teoria della proprietà*. Anno accademico 1909-1910. A cura di P. Ciapessoni. Pavia: Stab Tip. Caio Rossetti, 1910. p. 32.

¹⁷² VESTO, Aurora. *I beni dall'appartenenza egoistica alla fruizione sociale*. Torino: Giappichelli, 2009. p. 52.

absoluta (entendida como propriedade ilimitada) e o Direito Romano, na verdade, é decorrência de uma interpretação tardia das fontes, visto que a expressão *ius abutendi* é atribuída erroneamente aos jurisconsultos romanos¹⁷³.

Para além da questão semântica, cumpre estabelecer que o regime de titularidades em Roma caracterizava-se por várias formas de pertencimento que acabam por sugerir diversos regimes proprietários, variáveis em conformidade com o sujeito ou com a natureza das coisas. O regime de bens conhecia várias formas de titularidade, que podiam ser privadas, públicas ou coletivas, de acordo com o momento histórico no qual estavam inseridas. Assim, a noção de propriedade mudou consideravelmente ao longo dos treze séculos nos quais se desenvolveu o Direito Romano¹⁷⁴.

Francesco Angioni-Contini descreve a evolução da propriedade em Roma nos seguintes termos: na *civitas*, a propriedade mobiliária antecedeu a imobiliária e cada cidadão podia ter como seu o que pegava com a mão, daí a nomenclatura *manu captum* ou *mancipium*¹⁷⁵. Dessa construção teria se originado o vocábulo *proprietas* que, etimologicamente, equivale a *pro-privo*, ou *pro-privado*, ou seja, as coisas que pertenciam a cada cidadão na qualidade de homem privado, ou particular (e dessas coisas se tinha a propriedade, e não o domínio).

Com a conquista de novas terras, surge a figura do *ager romanus*. Sobre essas terras, também chamadas de *ager publicus*, o cidadão tinha apenas a posse e o uso (*possidere*), restando o domínio ao César ou ao *populus romanus*. A palavra *possidere* significava, inicialmente, a posse dos privados sobre o *ager publicus* e, posteriormente, foi usada para descrever o poder incidente sobre as coisas, diverso do direito de propriedade.

Desse modo, configura-se um direito sobre as coisas móveis (a *proprietas*) e um direito sobre os bens imóveis (*dominium*): o *jus proprietatis*, incidente sobre móveis, e o *dominium*, sobre imóveis. Uma vez permitida aos cidadãos a possibilidade de adquirir bens móveis e imóveis, os significados das duas palavras se confundiram e a palavra *dominium*

¹⁷³ “De fato, quando se fala de propriedade absoluta, pensa-se normalmente no *ius utendi, fruendi et abutendi*, que se reporta ao Direito Romano. A este se atribui a paternidade de todas as manifestações que essa concepção viria a ter, possivelmente com injustiça. Basta pensar que o Direito inglês foi pouco influenciado pelo Direito Romano e, todavia, em país algum a titularidade dos bens assumiu um aspecto tão acentuadamente egoísta” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*: reais. 5. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 139).

¹⁷⁴ LOVATO, Andrea; PULIATTI, Salvatore; MARUOTTI, Laura Solidoro. *Diritto privato romano*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 264.

¹⁷⁵ ANGIIONI-CONTINI, Francesco. *Della proprietà secondo il diritto romano: studio storico, dommatico-critico*. Sassari: Azuni, 1877. p. 57.

passou a ser usada para expressar um poder soberano sobre a coisa, desvinculado de sua qualificação como móvel ou imóvel¹⁷⁶.

No que tange ao meio ambiente, a cultura romana é influenciada pelas ideias gregas que reconhecem a influência do meio natural no homem, em especial na parte física e comportamental, porém possuem uma baixa sensibilidade à intervenção do homem no meio, sendo costume o desmatamento e o incêndio de plantações dos inimigos para que morressem de fome. Herdeiros da filosofia grega, os romanos a aplicam de modo prático e menos especulativo. Possuem especial relevância os pensamentos de Sócrates e Aristóteles, que embasam o antropocentrismo na relação do homem com o meio¹⁷⁷. Sócrates entende que tudo o que é criado o foi em função de outra coisa; assim, os frutos e os animais para o homem, por exigência divina. A existência de uma divindade providente é demonstrada porque todas as coisas criadas o foram para o benefício do homem. Exemplos de tal influxo são notados em Lucrécio e sua “De Rerum Natura”, bem como nas “questões naturais” de Plínio, o Velho, em seu arquivo chamado “História Natural”, no qual constam reflexões esparsas sobre a natureza¹⁷⁸.

Aristóteles, no capítulo III de sua obra “A Política”¹⁷⁹, que trata da propriedade e da arte de enriquecer, aduz que a natureza nada faz sem uma finalidade e que “as plantas existem por causa dos animais e os animais por causa dos homens”. Logo, se a natureza nada faz de inútil, todos os animais foram feitos para a satisfação do homem e este deve dominá-los como forma de expressar a sua virtude e o seu senhorio sobre o mundo.

Movidos pelo domínio da natureza e pela propensão de dobrá-la ao senhorio do homem, os romanos efetuaram grandes construções e obras, criando um ambiente fortemente modificado. Os problemas se fizeram sentir, sobretudo com a definição de um novo perfil urbanístico da cidade, decorrente da alta densidade populacional, das estradas estreitas e das precárias condições de saúde, o que gerou a necessidade do controle de edificações e emissões de resíduos¹⁸⁰. Surgiram inicialmente mecanismos de proteção da propriedade e de controle das edificações, todavia, como os grandes centros urbanos eram poluídos e apresentavam

¹⁷⁶ ANGIONI-CONTINI, loc. cit.

¹⁷⁷ BEARZOT, Cinzia. Uomo e ambiente nel mondo antico. *Rivista della scuola superiore dell'Economia e delle* Roma, ano I, numero 2, p. 9-18, aprile-settembre 2004, Disponível em: <<http://www.rivista.ssef.it/www.rivista.ssef.it/site5f26.html?page=20040705142022807>>. Acesso em. 23 fev. 2016.

¹⁷⁸ DELORT, Robert; WALTER, François. *Storia dell'ambiente europeo*. Trad. di Manuela Carbone. Bari: Edizione Dedalo, 2002. p. 68.

¹⁷⁹ ARISTÓTELES, *A Política*. Livro I, Capítulo III, 1256 b. Brasília: Editora UNB, 1985.

¹⁸⁰ Cf. DI PORTO, Andrea. *Salubritas e forme di tutela in età romana*. Il ruolo del civis. Torino: Giappichelli, 2014. p. 3.

graves riscos à saúde (como a presença de fossas a céu aberto e de cadáveres pelas ruas), passou-se a proteger também a *salubritas* romana, no âmbito geral da tutela das *res in usu publico*¹⁸¹.

Feitas tais observações preliminares, diante da multiplicidade de fenômenos proprietários a serem demonstrados, optou-se por dividir sua descrição em três momentos históricos: o período pré-clássico (ou arcaico), o clássico e o pós-clássico, com o intuito de demonstrar como a noção foi disciplinada nos diversos momentos da civilização romana¹⁸². O Direito antigo ou pré-clássico parte das origens de Roma e se prolonga até a *Lex Aebutia*, de data incerta, compreendida entre 149 a 126 a.C. O Direito clássico tem como termo inicial o fim do período anterior e como termo final o término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C. Por fim, o período pós-clássico, ou romano-helênico, tem início após o término do reinado de Diocleciano e se prolonga até a morte de Justiniano, em 565 d.C.

Reconstruir as origens mais remotas da propriedade em Roma é assaz difícil pela escassez de fontes anteriores à sua fundação como cidade-Estado, bem como pela controvérsia reinante entre os estudiosos do tema¹⁸³. Moreira Alves aponta que a teoria gentilícia é predominante entre os romanistas italianos e se alia a Bonfante, partidário da mesma, que foi o ponto de partida da análise histórica deste trabalho¹⁸⁴. A origem mais conhecida remonta ao século VIII a.C. e decorre da lenda relativa à fundação de Roma. Após a vitória de Rômulo sobre Remo, este teria atribuído a cada um dos homens da comunidade dois *iugeri* de terra, os chamados *bina iugera*, também chamados de *heredium*, inalienáveis e indivisíveis, uma vez que, com a morte do titular, seus filhos teriam o direito de nela

¹⁸¹ O Direito Romano trazia uma categoria específica para os bens em uso em comum ou coletivos, cuja tutela possuía legitimação ativa ampla e irrestrita, pois eram de propriedade de toda a coletividade. Os romanos possuíam uma classificação tripartida: “*res publicae*”, “*res privata*” e “*res in usu publico*”. (DI PORTO, op. cit., p.19).

¹⁸² O referencial teórico para o estabelecimento dos marcos históricos é o mesmo usado por Moreira Alves em sua clássica obra sobre o Direito Romano. O autor entende que a história externa do Direito Romano – sua evolução política, formas de cognição e jurisprudência – não se confunde com sua história interna, que estuda as instituições de Direito Privado romano. Por tal motivo, enquanto a história externa deve ser dividida tendo como ponto de partida as diferentes formas de governo existentes em Roma (os períodos real, republicano, principado e dominato), a análise da história interna deve se basear nas significativas mudanças sofridas no Direito Privado romano, que devem ser definidas em três diversos momentos, a saber: 1) o Direito antigo ou pré-clássico, que parte das origens de Roma e se prolonga até a *Lex Aebutia*, de data incerta, compreendida entre 149 a 126 a.C.; 2) o Direito clássico, que vai até o término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C.; e 3) o período pós-clássico ou romano-helênico, dessa data até a morte de Justiniano, em 565 d.C. (MOREIRA ALVES. *Direito romano*, v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 1 et seq.).

¹⁸³ A tradição romana atribui a Marco Terenzio Varrone, escritor romano nascido em 116 a.C., a primeira referência escrita aos *bina iugera* em sua obra *De re rustica* I, X: “*Bina iugera quod a Romulo primum divisa dicebantur viritim, quae heredem sequerent, heredium appellarunt*” (Cf. PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà: storia come evoluzione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 60; LOVATO, Andrea; PULIATTI, Salvatore; MARUOTTI, Laura Solidoro. *Diritto privato romano*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 264).

¹⁸⁴ Cf. MOREIRA ALVES. *Direito romano*, v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 9.

permanecer. Apesar da não confirmação histórica da referida lenda, a doutrina ratifica o uso coletivo da terra pelas famílias (*gens*) nas origens remotas do instituto proprietário em Roma¹⁸⁵.

As *gens* eram agrupamentos familiares de caráter político que antecederam a formação da *civitas*, a cidade-Estado. Cada *gen* possuía o domínio sobre uma determinada gleba de terra (a *heredium*, pequena gleba de terra contígua à casa e destinada a manter o sustento de seus membros) e cada uma possuía seu chefe, o *patergens*, a quem era atribuído domínio pleno e absoluto sobre tudo o que lhe pertencia, incluindo bens e pessoas. Seus membros eram denominados *gentiles*, pois descendiam de uma mesma estirpe gentilícia, ou seja, de um mesmo antepassado comum e ilustre, o que lhes conferia unidade enquanto grupo.

O nome comum, proveniente do antepassado heroico, criava o vínculo entre os membros das *gens*, não necessariamente os laços de sangue ou familiares. Os *heredia* dos proprietários pertencentes a uma mesma estirpe formavam o que se denomina de *l'ager gentilicus*, ou, impropriamente, de propriedade da *gens*. Os bens não atribuídos às *gens*, como os bosques e pastos, constituía *l'ager publicus*.

Originalmente, as *gens* eram nômades e a propriedade coletiva a elas atribuída se referia essencialmente aos animais e aos escravos. Posteriormente, as diversas *gens* se fixam às margens do Tevere, tendo início o processo de apropriação da terra mediante o cultivo e o pasto. Atribui-se a cada *gen* uma pequena porção de terra adjacente à casa, destinada a satisfazer as necessidades do pequeno núcleo. Paulatinamente à estruturação gentilícia, surgem também as *familiae*, organizadas de modo semelhante às *gens*, sob a chefia do *pater familias*.

Em seu tratado de Direito Privado Romano, Salvatore Pugliatti aponta que a compreensão da história da propriedade primitiva em Roma impõe uma distinção entre a fase latino-sabina e a fase etrusca¹⁸⁶. A *civitas* romana tem origem na federação das gentes (*foedera*). A organização gentilícia funciona na idade sabino-latina, mas o advento da dominação etrusca provoca o esfacelamento do sistema gentilício e a assunção das *familiae* como modo de organização social, enquanto as *gens* são colocadas sob o poder público, transferindo-se ao núcleo formativo do Estado. Cumpre estabelecer que as *gentiles* são os antecedentes históricos dos patrícios: com o surgimento do Estado romano, os *gentiles* formaram o patriciado, a nobreza romana.

¹⁸⁵ LOVATO, Andrea; PULIATTI, Salvatore; MARUOTTI, Laura Solidoro. *Diritto privato romano*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 264.

¹⁸⁶ LOVATO, Andrea; PULIATTI, Salvatore; MARUOTTI, Laura Solidoro. *Diritto privato romano*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 264.

Como visto, a estrutura social pré-*civitas* tem como organizações centrais as *gens* e as *familiae*, que viviam em territórios próprios, sob a autoridade do homem mais velho, o *pater gentis* ou *pater familias*. Cada membro da *gens* – e depois das *familiae* – vivia e trabalhava nas terras a ela destinadas, sob as diretrizes de um chefe, o *pater gentis* ou *pater familias*, configurando-se uma propriedade familiar. A estruturação dessa propriedade familiar acaba por gerar questionamentos quanto a sua natureza: seria uma propriedade privada ou coletiva? A questão traz algumas perplexidades e a doutrina não é acorde sobre a existência de uma propriedade coletiva em Roma.

Os estudiosos clássicos, baseando-se nas ideias de Bonfante¹⁸⁷, sustentam que a propriedade na Roma arcaica tem a configuração de uma propriedade coletiva, pelo fato de ser centrada na *gens* ou no grupo familiar que precede a criação da *civitas*, o que demonstraria a peculiaridade da experiência domínial romana, que se configura muito mais como uma noção de soberania do que de domínio propriamente dito, e nasce em relação à terra e aos elementos que a compõem. Tal propriedade não seria um direito individual e não poderia ser considerada uma propriedade privada por tratar-se de um poder ordenado a garantir a soberania do grupo, numa estruturação semelhante à organização de um micro-Estado, com povo, território e governo. Em igual sentido, Villey observa que o *pater familias* possuía uma autoridade tão abrangente que se assemelhava à soberania de um Estado sobre o seu território¹⁸⁸.

A posição de Bonfante foi progressivamente abandonada pela doutrina italiana majoritária, que passou a reconhecer na propriedade familiar romana uma gênese de propriedade privada, que nasce com o *dominus ex iure quiritium* da Idade Clássica, quando a titularidade assume um caráter efetivamente individual, pois o objeto de tutela é o sujeito enquanto tal, e não sua qualidade¹⁸⁹. Segundo essa ordem de ideias, a *mancipium* deve ser entendida como uma situação ativa individual, funcionalizada à utilidade principal do grupo¹⁹⁰. A titularidade se constrói em torno da família e não do indivíduo, mas apenas é reconhecida ao *pater*, na qualidade de chefe do agregado familiar, e seria uma propriedade individual, atribuída ao *pater*.

¹⁸⁷ BONFANTE, Pietro. *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*. In: _____. *Scritti giuridici varii*, v. 2. Torino: UTET Giuridica, 1926.

¹⁸⁸ VILLEY, Michel. *Direito romano*. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora, 1995. p. 46. (Coleção Resjurídica).

¹⁸⁹ ROMEO, Stefania. *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano: tra giurisprudenza e prassi*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 58.

¹⁹⁰ ROMEO, loc. cit.

Salienta Eduardo Marchi que tais categorias são estranhas ao pensamento antigo e que a propriedade familiar não era coletiva nem privada, mas *sui generis*¹⁹¹. O fato de não haver igualdade entre os membros do grupo, todos submetidos ao *pater*, faz com que não se configure uma propriedade coletiva; por outro lado, não há que se falar em propriedade privada, pois a atribuição do domínio levava em consideração o grupo e não o indivíduo. Giovanni Pellerino salienta que a propriedade antiga não pode ser compreendida nos moldes atuais e sustenta que a propriedade familiar é um modo de organização de terras atribuído familiarmente, mas não pode ser considerada uma propriedade coletiva¹⁹².

É importante ressaltar que, no período arcaico, não existia um vocábulo que expressasse a ideia de propriedade, apenas adjetivos ou locuções que indicavam o pertencimento, tais como *meum*, *tuum*, *proprius*, *meum esse*, ou locuções em que os adjetivos se acompanhavam do verbo *essere*, como *mihi est* ou *meum esse*. Por tal motivo, não é possível, nesse momento histórico, estabelecer um termo correspondente ao que hoje se entende por propriedade¹⁹³.

Por outro lado, o direito era vinculado à religião e a validade dos vínculos jurídicos era condicionada à observância de um procedimento ritual baseado em fórmulas (as *legis actiones*). Frequentemente, tais fórmulas orais eram reforçadas pelo ato de se tocar com a mão o bem objeto do contrato (*mancipatio*), na presença de testemunhas (atos librais) ou na presença do próprio magistrado, com o intuito de efetuar a transferência da propriedade. A Lei das XII Tábuas era um dos fundamentos do *ius civile*, que era apenas aplicável aos cidadãos romanos (e excepcionalmente aos latinos e peregrinos que gozassem do *ius commercium*)¹⁹⁴.

Na República, as leis de Licínio (367 a.C.) criaram a magistratura dos pretores para a administração da justiça nas causas civis, marcando a ruptura com a magistratura dos sacerdotes e o surgimento do *ius praetorium*, uma série de modificações inseridas no *ius civile*, com base nos poderes de *imperium* conferidos aos pretores. Posteriormente, com o estabelecimento do pretor peregrino (242 a.C.), surgiu o *ius gentium* ou *gentile* – conjunto de

¹⁹¹ MARCHI, Eduardo César Silveira Vila. Aspectos de direito público romano: as constituições políticas da realeza e da República. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 100, p. 3-19, jan.-dez. 2005.

¹⁹² PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà: storia come evoluzione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 61.

¹⁹³ LOVATO, Andrea; PULIATTI, Salvatore; MARUOTTI, Laura Solidoro. *Diritto privato romano*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 264.

¹⁹⁴ Os latinos eram considerados uma categoria especial de estrangeiros e a eles foram conferidos vários direitos privativos dos romanos: o *commercium*, o direito de realizar atos jurídicos; o *conubium*, o direito de casar com um romano; e a *legis actio*, direito de pleitear juridicamente conforme os ritos do processo romano (Cf. VILLEY, Michel. *Direito romano*. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora, 1995. p. 93. (Coleção Resjurídica).

institutos do Direito Romano acessíveis aos peregrinos – que marcou o fim do período de vigência exclusiva do *ius civile*.

Com a Lex Aebutia (149 a.C.), considera-se inaugurado o período clássico. A partir daí o pretor passa a gozar de poderes específicos – a *iurisdictio* – e não comuns a todos os magistrados, como era o *imperium* e, assim, pode criar novas fórmulas e adaptar o *ius civile* às reclamações da comunidade. Cada pretor tinha um mandato provisório, normalmente breve e, uma vez investido na função, promulgava um édito na qual constavam as fórmulas que seriam usadas durante a sua magistratura, podendo realizar mudanças no *ius civile*, flexibilizando-o de acordo com as demandas da sociedade. Surge, desse modo, o *ius honorarium*, também chamado de *ius praetorium*.

Apona Max Kaser que os romanos chamam de *ius civile* o núcleo tradicional do seu ordenamento jurídico, basicamente composto de modo consuetudinário, em parte consagrado na Lei das XII Tábuas, que foi desenvolvido na sua interpretação e completado por novas leis¹⁹⁵. Contudo tal regramento tornou-se insuficiente para disciplinar as novas situações, decorrentes das mudanças políticas e sociais, em especial a ruptura com o modo de vida rural, que cede lugar ao contexto urbano, dominado pelo comércio e por um grande fluxo de capitais, característico da República.

As modificações políticas e sociais proporcionaram o arcabouço necessário para uma adequação do direito aos novos tempos, mediante o desenvolvimento de um direito de cunho pretoriano que adaptava o *ius civile* à nova realidade, estendendo-o a situações em que, anteriormente, não gozavam de tutela jurídica e sequer eram reconhecidas pelo Direito Romano aos não cidadãos. A estes, denominados de *peregrini*, não se aplicava o *ius civile*, o direito exclusivo dos cidadãos romanos, desenvolvendo-se o *ius gentium*, um conjunto de institutos do Direito Romano acessível a eles.

No período clássico do Direito Romano, ao lado da propriedade quirítária (*dominium ex iure quiritium*), titularizada por cidadãos romanos, havia outras situações proprietárias análogas, denominadas pelos romanistas de propriedade bonitária (ou pretoriana), além da propriedade provincial e da propriedade peregrina. A doutrina aponta que o *dominium ex iure quiritium* dos cidadãos romanos é o antecedente mais remoto do instituto proprietário em Roma, nos termos que se conhece hoje¹⁹⁶.

¹⁹⁵ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues; Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999. p. 35-37.

¹⁹⁶ MOREIRA ALVES. *Direito romano*, v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 343-344.

A propriedade quirritária era apenas atribuída ao cidadão romano (ou a um latino ou peregrino titular do *ius commercii*) e tinha como objeto coisas móveis e imóveis. Quanto aos imóveis, apenas estavam abrangidos os situados na Itália ou nas províncias nas quais se estendeu o *ius italicum*¹⁹⁷. Nas províncias onde não vigorava o *ius italicum*, a propriedade do solo era atribuída ao povo romano (nas províncias senatoriais) ou ao príncipe (nas províncias imperiais), e os particulares detinham apenas a posse (*possessio*) das terras, mediante o pagamento do *stipendium* (se província senatorial) ou do *tributum* (se província imperial). Tal posse é a denominada propriedade provincial, expressão usada pelos romanistas modernos.

A aquisição das coisas sujeitas à propriedade quirritária ocorria mediante a *mancipatio* (para as *res Mancipi*), pela *traditio (res nec Mancipi)* ou *in iure cessio* (para ambas)¹⁹⁸. É importante salientar que a distinção não tem por base a natureza móvel ou imóvel do bem, apenas sua qualificação como *Mancipi* ou não, de acordo com a relevância jurídica atribuída a cada uma delas. As *res Mancipi* apenas podiam ser adquiridas mediante atos formais. Roma, contudo, enquanto centro comercial da Antiguidade, conheceu um incremento das negociações, à medida que o contato com outros povos e as conquistas territoriais aumentaram, o que gerou novas necessidades práticas e provocou o surgimento de certas praxes desburocratizantes, como, por exemplo, a transferência de uma *res Mancipi* por meio de simples *traditio*, com vistas a facilitar a circulação dos bens.

Contudo tal prática acabou por trazer uma situação desfavorável para o adquirente: como a *traditio* não era formal, tratando-se, ao contrário, da simples entrega da coisa, não ensejava a transferência da propriedade *ex iure quiritium*, e o adquirente não possuía mecanismos de proteção para defender sua posse em caso de reivindicação da coisa pelo alienante, que continuava a ser o legítimo proprietário da coisa, visto que a *traditio* não poderia ensejar a transferência da propriedade de uma *res Mancipi*, apenas das *res nec Mancipi*. Diante dessa situação de fragilidade da posição jurídica do adquirente – uma vez que o adquirente poderia se arrepender da alienação e retomar a coisa, alegando vício formal na transmissão da propriedade quirritária – o pretor passa a atribuir ao adquirente de uma *res Mancipi*, pela simples *traditio*, uma tutela *in bonis* ou *in bonis habere*. Assim, a propriedade

¹⁹⁷ Ibidem, p. 344-346.

¹⁹⁸ Sobre o tema, confira-se Max Kaser: “A *in iure cessio* é a cessão em tribunal, com cuja forma se reproduz a instituição de um processo de reconhecimento. Pode servir para a transmissão de coisas de qualquer espécie (também da *res nec Mancipi*) e produz a propriedade quirritária no adquirente, se for feita pelo dono. A *in iure cessio*, como a *mancipatio*, pode ter por fundamento todas as causas acima numeradas; e, no seu efeito, é independente da validade da causa (que não é mencionada na forma do acto); é também um negócio abstrato” (KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999. p. 149).

bonitária representa uma medida de justiça e equidade e, por isso, é também definida a partir das expressões *in bonis esse* ou *in bonis habere*.

A propriedade bonitária é a tutela concedida pelo pretor ao adquirente de uma *res Mancipi*, recebida por meio da *traditio*, que não tinha o efeito jurídico de transferir a propriedade do alienante ao adquirente¹⁹⁹. A *traditio*, por se tratar de uma transmissão não formal, não transferia a propriedade *ex iure quiritium* de uma *res Mancipi* e atribuía uma tutela muito fragilizada ao comprador, pois o vendedor, mesmo tendo recebido o preço, continuava a ser o proprietário da coisa e poderia reivindicá-la a qualquer tempo.

Por conta disso, o pretor passou a proteger o comprador mediante uma exceção de coisa vendida e entregue (a *exceptio rei venditae et traditae*), que paralisava a pretensão do vendedor em face do adquirente. Tal exceção não ensejava a aquisição da propriedade, que apenas podia ocorrer quando se verificava o decurso de tempo necessário para a aquisição da propriedade por usucapião. Contudo, como essa ação não possuía natureza dúplice, o adquirente não podia deduzir nenhuma pretensão de direito material, apenas alegar a exceção em sua defesa. Assim, foi criado outro mecanismo de proteção de cunho pretoriano, a ação publiciana, introduzida nas fórmulas por Publício.

É importante esclarecer que a propriedade quirítária era defendida pela *vindicatio*; a propriedade bonitária, já reconhecida, não gozava de tutela jurídica própria, apenas de um mecanismo de defesa – e, mais uma vez, a criatividade e o gênio prático dos romanos entram em jogo: a *actio publiciana*, que possibilitava ao adquirente recuperar a coisa reivindicada. A proteção surge a partir de uma ficção. Como o único modo de transformar a propriedade bonitária em quirítária era pelo decurso do prazo de usucapião, o pretor passou a estender ao adquirente privado da coisa a possibilidade de reivindicá-la com fundamento na ficção de decurso do prazo da usucapião, já que a propriedade bonitária não era dotada da *revindicatio*.

A fórmula pretoriana estabelecia como pressuposto fictício a ocorrência da aquisição da propriedade por usucapião porque apenas isto ensejava a legitimação da titularidade da propriedade bonitária, transformando-a em propriedade quirítária²⁰⁰. O adquirente que houvesse perdido a coisa em virtude da *vindicatio* passava a gozar de uma tutela que tornava possível sua recuperação, tratando-se de mecanismo de proteção contra terceiros, semelhante à *vindicatio*. Se o proprietário quirítário tem à disposição a *rei vindicatio* para recuperar a

¹⁹⁹ Para maiores detalhes sobre a tutela publiciana em Roma e sua relação com a propriedade agrária, consultar a obra *História agrária romana*, de Max Weber (São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 73-74).

²⁰⁰ BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. Das situações jurídicas subjetivas materiais no Direito Romano pré-clássico e clássico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 96, p. 327- 42, 2007. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/096327342.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

coisa, igualmente a posição jurídica do proprietário bonitário passa a ser tutelada pela *actio pauliana*, que tem por fundamento a *posse ad usucapionem* ficticiamente ocorrida.

Enquanto os requisitos da usucapição não estivessem implementados, existiam duas modalidades de propriedade sobre a coisa: o regime de *duplex dominium*, assim denominado por Gaio²⁰¹: a quiritária, do vendedor; e a bonitária, titularizada pelo adquirente, situação que se contrapõe ao *unum dominium* da propriedade dos peregrinos.

Inicialmente, os peregrinos que não gozavam do *ius commercii* não podiam ser titulares da propriedade quiritária sobre coisas imóveis ou móveis, eram considerados apenas possuidores. Paulatinamente, as criações pretorianas foram também protegendo a posição jurídica do peregrino, novamente por meio de fórmulas fictícias, nas quais o pretor julgava o caso a partir da ficção de que o peregrino era um cidadão romano. Cumpre ressaltar que o Direito Romano reconhecia a titularidade proprietária dos peregrinos nas suas respectivas cidades; eles apenas não podiam ser proprietários *ex iure quiritium*, direito exclusivo do cidadão romano. Posteriormente, com fundamento no *imperium* do pretor, os peregrinos passaram a gozar dos mesmos direitos dos privados romanos, incluindo a propriedade.

Justiniano, no Direito pós-clássico, promoveu a unificação do direito de propriedade, passando a existir apenas uma propriedade uniforme, o *dominium*, que se contrapõe à posse e aos direitos reais, ditos parciais. A expressão “*ex iure quiritium*” desapareceu, mas o conceito é equivalente ao delimitado pelo Direito Romano clássico²⁰². A unificação das titularidades proprietárias é fruto de reformas que promoveram a superação da dicotomia existente entre o *ius civile* e o *ius gentiles* e permitiram a afirmação de uma única noção de propriedade.

Em 212 d.C., o Édito de Caracala, no alto Império, atribuiu cidadania romana a todos os habitantes que estavam dentro dos limites do Império, vindo o *ius gentile* a perder relevância. A ação publiciana, outrora mecanismo de reivindicação da coisa por parte do proprietário bonitário contra o proprietário quiritário, ou contra terceiros, adquiriu nova função: se antes tutelava o titular da propriedade bonitária, agora passava a ser empregada apenas nos casos em que o alienante não era proprietário da coisa. Aqui, apenas a *traditio* foi mantida como forma de transmissão, sendo suprimidas as formas solenes.

Para que seja possível a melhor compreensão sobre as diversas modalidades de propriedade admitidas no Direito Romano clássico, impõe-se uma breve digressão sobre o objeto e os meios de transmissão da propriedade. Na evolução das titularidades do Direito

²⁰¹ PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà: storia come evoluzione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 66-67.

²⁰² KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999. p. 141.

Romano, percebe-se uma íntima conexão entre a tipologia dos bens e a propriedade que lhes era atribuída. De acordo com a sua qualificação, a partir de suas características, a coisa podia ser alienada de um modo ou de outro, mediante um negócio solene ou pela simples tradição. As *res Mancipi* e as *res pretiosiores*, definidas por Gaio, podiam ser adquiridas por meio de um negócio solene com características arcaicas, representadas pela *mancipatio*, ou pelo *in iure cessio*, outro negócio também solene. As *res nec Mancipi* eram transferíveis por simples tradição.

No período arcaico, não era importante a diferença entre bens móveis e imóveis, e sim a distinção entre a *res Mancipi* e a *res nec Mancipi*. Salienta a doutrina que a origem da classificação das coisas em *Mancipi* e *nec Mancipi* está nas palavras *mancipium* e *manceps* (derivações do termo *manus*, que indica poder sobre pessoas e coisas) e também da expressão *manu capere* (pegar com força), que indicavam o alto grau de domínio que o *pater* possuía sobre coisas e pessoas componentes do grupo do qual era líder. Assim, originalmente, entre as *res Mancipi* estavam todas aquelas sujeitas ao *manceps* (ou *pater*), e as *res nec Mancipi*, desprovidas de relevância econômica, não eram disciplinadas pelo Direito Romano arcaico.

Paulatinamente, modificações foram sendo introduzidas, não só em virtude da conquista de novos territórios, mas também do aumento do intercâmbio do comércio com outros povos. Entre os séculos III e II a.C., os romanos conquistaram a região de Cartago e os mercados do Mediterrâneo foram abertos, de modo que uma economia essencialmente agropastoril cedeu lugar a uma economia baseada nas trocas. O pensamento jurídico acompanhou a evolução ocorrida tanto no plano material quanto no processual e começou a desenvolver uma racionalidade própria, que se manifestava por meio de técnicas processuais. Com o intuito de albergar as novas utilidades e riquezas surgidas a partir do desenvolvimento do comércio, elaborou-se um sistema processual mais flexível que o sistema arcaico da *legis actiones* – que possuía um número exaustivo de ações previstas em lei –, permitindo a introdução de novos institutos que detinham conteúdos mais reduzidos que o domínio, tais como, o usufruto e as servidões prediais, agora tutelados pelas *actiones in rem*.

A terminologia referente à propriedade começou a sofrer as primeiras modificações. As várias manifestações da *potestas* pertencente ao *pater* foram se especificando, de modo que, ao lado do direito de propriedade, passaram a existir também outros direitos, os *iura in re aliena*. Os juristas traduzem em novas figuras técnicas situações que surgiram a partir das exigências decorrentes do desenvolvimento econômico²⁰³, e o progressivo afirmar-se do

²⁰³ O usufruto surge da necessidade de garantir meios de subsistência às viúvas. No período arcaico, a forma mais antiga de matrimônio era o matrimônio *cum manu*, no qual a mulher casada rompia os vínculos com a

processo formulário tornou possível o reconhecimento dos *iura in re aliena* como figura jurídica autônoma em relação ao *dominium*, ao longo dos séculos posteriores.

Em relação às novas riquezas surgidas, bens que outrora eram desimportantes adquiriram uma relevância econômica que se concretizou na tutela jurídica que lhes foi atribuída. Assim, ao lado da *res Mancipi*, essas novas realidades passaram a ser albergadas sob a qualidade de *res nec Mancipi*, que gozavam de um regime jurídico próprio e mais simplificado. *Res Mancipi* eram as coisas que se transmitiam entre indivíduos mediante um ato denominado *Mancipatio*. Na categoria, estavam incluídos os fundos itálicos, as servidões, as bestas e os escravos, os bens considerados economicamente mais relevantes. As *res nec Mancipi* eram as que não se enquadravam na categoria anterior e podiam ser transmitidas pela *traditio*, um ato desprovido de formalidade. A diferença central não residia na qualidade dos bens – se móveis ou imóveis, fungíveis ou infungíveis – e sim no modo de aquisição e transmissão: a *traditio* era um ato causal; por sua vez, a *Mancipatio* era dotada de abstração.

No período clássico, a aquisição de coisas sujeitas à propriedade quirítária se fazia mediante a *Mancipatio* (*res Mancipi*) ou a *traditio*; as *res nec Mancipi* permanecem excluídas da *Mancipatio*. Pela importância que a propriedade quirítária apresenta até os dias atuais, cabem aqui algumas reflexões sobre o objeto e a extensão do *dominium ex iure Quiritium*. Como visto, a propriedade quirítária possui alguns elementos marcantes: 1) a qualidade do titular, que deveria originariamente ser um cidadão romano; 2) a *res* deveria estar no comércio; e 3) deveria ter sido adquirida pelos modos originais de aquisição, de acordo com as características do bem. Poderiam ser objetos do *dominium* todos os bens que estavam no comércio, a *res Mancipi* e a *res nec Mancipi*, móveis e imóveis. Os bens imóveis, situados em solo provincial, e a *res extra commercium* não podiam ser objeto de *dominium*. O *ager publicus* e a propriedade gentilícia eram assim considerados.

família de origem para se inserir na família do marido, na condição de pessoa submissa ao seu poder. Deixando sua família de origem, perdia também direito à herança do pai. Por conta disso, o matrimônio *cum manum* perdeu relevância para o matrimônio *sine manum*, no qual a mulher casada continuava vinculada a sua família de origem e não participava mais da sucessão *ab intestato* do marido. Assim, caso o *de cuius* fizesse uma disposição testamentária em favor da esposa, os filhos perderiam o patrimônio a ela deixado, uma vez que ela agora se encontrava sob a *potestas* da sua família de origem. Assim, para proteger ao mesmo tempo a viúva e os filhos, criou-se a figura do usufruto dos bens do marido falecido pela viúva casada sob o matrimônio *sine manum*. Quanto à introdução da servidão predial, ela deveu-se às mudanças ocorridas na estrutura edilícia da cidade, o que fez surgir a necessidade de novos instrumentos que definissem o regime jurídico dos prédios limítrofes, estabelecendo algumas restrições ao direito de propriedade. (Cf. Dicionário Giuridico Online. Disponível em: <<http://www.simone.it/newdiz/newdiz.php?action=view&dizionario=3&id=1980>>. Acesso em: 15 out. 2015).

Max Weber propõe que a história da propriedade agrária em Roma seja compreendida a partir da dicotomia presente entre o *ager publicus* e o *ager privatus*²⁰⁴. Esse autor salienta que o uso do *ager publicus* foi objeto de grande disputa histórica, a ponto de se configurar como fonte de guerras civis e revoltas populares. As classes camponesas reivindicavam a liberação da propriedade imobiliária individual do pagamento de tributos, bem como a transformação da propriedade gentilícia em propriedade comum dos romanos, o *ager publicus*. Na fase monárquica, a propriedade gentilícia segue *pari passu* a propriedade individual. Depois, ao lado da propriedade privada, a posse do *ager publicus* passou a ser tutelada e, assim como, logo depois, a *possessio vel usufructus* das terras provinciais, além da criação da propriedade pretoriana.

Na República, eclode forte conflito social que teve como fonte justamente o *ager gentilicius*, pois a plebe reivindicava tais terras como pertencentes à comunidade, e não somente aos patrícios. Após longa evolução, o *ager gentilicius*, que era uma propriedade privada, se torna o *ager publicus*, propriedade do povo romano²⁰⁵. É importante ressaltar que a propriedade de terras se ligava diretamente à participação no poder político e que, durante a Realza, somente os patrícios gozavam de direitos políticos. A senhoria sobre o *ager publicus* não tinha um caráter de propriedade, mas era reconhecida como um poder de fato.

O *dominium*, no período clássico, convivia com uma série de situações jurídicas subjetivas que gozavam de tutelas jurídicas diferenciadas. Todas essas formas de titularidades coexistiam e, em relação a outras situações jurídicas subjetivas delineadas no período, o *dominium ex iure quiritium* é a situação mais forte que existe – e é denominada comumente como uma propriedade absoluta e ilimitada.

Tais ponderações levam à discussão sobre a existência ou não de uma visão individualista da propriedade em Roma. Põe-se a indagação se a ausência do conceito de direito subjetivo impediria ou não o reconhecimento de uma visão individualista do direito de propriedade associada a uma dimensão de poder ou senhoria dos bens. Diante disso, os autores se dividem sobre a possibilidade de se falar em um individualismo romano.

²⁰⁴ A partir da contraposição entre o *ager publicus* e o *ager privatus*, Weber sustenta ser possível a afirmação de que houve um verdadeiro capitalismo agrário em Roma, “o mais desenfreado capitalismo agrário da história” (WEBER, Max. *História agrária romana*. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 85).

²⁰⁵ Percorreu-se um longo processo até que o *ager gentilicius* se tornasse *ager publicus*. Houve vários conflitos internos na sociedade romana que culminaram na reforma agrária promovida por Tiberius Gracco em 133 a.C., mediante a *Lex Sempronia Agraria*, uma lei que proibia a existência de latifúndios com mais de quinhentos acres. O domínio das *gens* sobre o *ager gentilicius* paulatinamente passou a ser percebido como uma injustiça pelos setores da população que não pertenciam à classe dos patrícios. A plebe passou a exigir uma distribuição mais justa desses terrenos, mediante a alegação de que eles pertenciam efetivamente a toda a comunidade e que os patrícios apenas detinham a senhoria de fato, devendo ser reconhecida a senhoria do Estado sobre tais glebas.

Em Roma, por sua vez, ainda que não desenvolvida a noção de direito subjetivo, alguns sustentavam ser possível falar em um individualismo proprietário²⁰⁶. Para outros²⁰⁷, o Direito Romano, por ter se ocupado mais das coisas que do sujeito, era essencialmente objetivo, e o surgimento do *dominium* nada mais representava do que poder absoluto de uma pessoa sobre uma coisa, sem configurar um *ius* ou direito subjetivo. A palavra *dominium* expressaria a coisa em si, e não apenas o poder sobre ela e a propriedade não seria o direito subjetivo, mas a qualidade da coisa de ser própria de alguém (*proprius*) e objeto de apropriação.

Segundo Pugliese et al.²⁰⁸, a noção de *ius*, no período clássico, era ampla e podia designar uma série de situações favoráveis a alguém, entre as quais situações jurídicas que versavam sobre os poderes familiares e dominicais; outras, referentes à utilização dos bens alheios; e, por fim, aquelas que se referiam ao lado ativo da obrigação. Essa tendência subjetiva clássica não se concretizou num conceito geral de *ius* em sentido subjetivo nas fases posteriores de evolução do Direito Romano. Logo, a afirmação de que os clássicos consideravam o *dominium* como um *ius* não encontraria embasamento histórico. Além disso, a inteligência prática romana não era propensa a coligar conceitos particulares e sintetizá-los num conceito geral²⁰⁹.

Em igual sentido, Ugo Brasiello sustenta que o *dominium* se formou espontaneamente e por isso os romanos não o definiram conceitualmente, seja porque não viam nele um *ius*, seja porque não eram propensos a conceituações de tal gênero.²¹⁰ O *dominium*, inicialmente desenvolvido a partir da noção de senhoria e de supremacia absoluta, posteriormente se fixou como um poder sobre uma coisa, para depois confundir-se com a própria coisa.

A propriedade era considerada apenas como uma coisa sujeita em tudo a um titular, de modo que ter ou possuir a coisa significava poder usá-la, aliená-la e defendê-la. Tal poder ou senhoria sobre a coisa não foi definido pelos romanos e tal particularidade demonstra que os romanos não viam a propriedade como um *ius*. Existia um *ius* nas obrigações ou nos *iura in*

²⁰⁶ BIRKS, Peter. The Roman law concept of dominium and the idea of absolute ownership. *Acta Juridica*, 1985. p. 25 apud BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 62.

²⁰⁷ GRECCHI, Luca. *Diritto e proprietà nella Grecia classica*. Paralleli con il nostro tempo. Pistoia: Petite Plaisance, 2011. Disponível em: <<http://www.petiteplaisance.it/libri/151-200/179/179.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

²⁰⁸ PUGLIESE, Giovanni; SITZIA, Francesco; VACCA, Letizia. *Istituzioni di diritto romano*. 3. ed. Torino: Giappicchelli, 1991. p. 177; 219; 740.

²⁰⁹ BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. Das situações jurídicas subjetivas materiais no direito romano pré-clássico e clássico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 96, p. 327- 42, 2007. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/096327342.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

²¹⁰ BRASIELLO, Ugo. Brevi note sul concetto di proprietà privata. In: BRASIELLO, Ugo et al. *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, v. 1. Milano: Giuffrè, 1943. p. 32.

re aliena, bem como nas situações em que há um complexo de poderes, como nas sucessões, o mesmo, porém, não se pode afirmar em se tratando da senhoria sobre uma coisa, como ocorre no *dominium*.

Michel Villey, talvez o mais ferrenho defensor da tese de que a ideia de direito subjetivo é logicamente incompatível com o Direito natural clássico, entende que a gênese do direito subjetivo está no pensamento de Guilherme D'Ockham, berço do individualismo filosófico²¹¹. Para ele, o Direito Romano é uma concretização jurídica da filosofia de Aristóteles, de modo que, com a expressão *ius in re*, os romanos não pretendiam designar nenhuma realidade semelhante ao direito subjetivo. O que a doutrina contemporânea entende hoje por direito subjetivo não recebeu uma denominação precisa na Antiguidade Clássica justamente por não fazer parte da estrutura do pensamento antigo, o qual se desenvolveu a partir da filosofia das coisas proveniente dos gregos²¹².

A íntima conexão entre a espécie de propriedade e a tipologia das *res* demonstra a importância das coisas para os romanos. Gaio, em suas *Institutas* (2, I4), distingue as *res corporalis* das *res incorporalis* – que são objeto dos direitos reais menores, como o usufruto e as servidões: “*ius successionis, ius utendi, fruendi ius obligationis, iura praediorum urbanorum et rusticorum*”.

O fato de o texto não ter trazido nenhuma noção de *ius dominii* indica que os juristas romanos identificavam a propriedade em associação com a coisa sujeita a ela de modo objetivo²¹³. Para Villey, as expressões *meum esse* ou *habere*, presentes nas fórmulas processuais destinadas a assegurar a propriedade, não pretendiam expressar a reivindicação do direito em si, mas da própria *res* (*ream meam esse*). Por sua vez, as expressões *dominium* ou *potestas* possuiriam um conteúdo mais específico, podendo significar um direito sobre coisas corpóreas, sobre os membros da família, bem como a ideia de poder. Diversamente, o termo *ius* significa uma coisa e a integra, sendo aplicável em especial às *res incorporalis* gaianas.

Villey retoma a tese, muito difundida entre os romanistas, de que os *iura in re* designavam direitos correspondentes a frações da propriedade, em oposição ao *dominium*, enquanto totalidade dos direitos reais²¹⁴. Assim, os primeiros não seriam direitos em sentido subjetivo, porque são *res*, e o segundo só tardiamente penetrou na linguagem jurídica, com

²¹¹ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 252.

²¹² Cf. VILLEY, op. cit., p. 91; 115.

²¹³ BRASIELLO, Ugo. Brevi note sul concetto di proprietà privata. In: BRASIELLO, Ugo et al. *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, v. 1. Milano: Giuffrè, 1943. p. 32.

²¹⁴ BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 34-35.

alguma distorção. A palavra *proprietas* significa uma qualidade da coisa que pertence a alguém, algo próprio: a *proprietas* não é a *res*, mas está contida na ideia de *res corporalis*. Já a expressão *ius* designaria as coisas incorpóreas, e com elas se confundiria.

A tese de que as instituições jurídicas romanas são objetivamente determinadas e não subjetivamente referenciadas encontra muitos defensores e igual número de opositores. Yan Thomas, influenciado pelas ideias de Villey, entende que o Direito Romano é voltado para as coisas, e o *Corpus iuris civilis* é uma verdadeira constituição ou estatuto jurídico das coisas²¹⁵.

Em posição mais moderada, Max Kaser defende que o termo *ius* pode ser utilizado tanto no sentido objetivo como na perspectiva subjetiva²¹⁶. No aspecto objetivo, “abrange a ordem jurídica e seus elementos” e, no aspecto subjetivo, engloba as faculdades conferidas ao indivíduo pelo ordenamento jurídico, incluindo também seu uso como posição ou situação jurídica. Todavia alerta com precisão que “o conceito de direito subjetivo só foi plenamente desenvolvido pela doutrina moderna”, no que concorda com Villey.

Álvaro D’Ors²¹⁷, privilegiando uma perspectiva objetiva moderada em relação a Villey, pondera que o termo *ius* apresenta elementos subjetivos e objetivos, mas não plenamente definidos, daí não ser possível diferenciar um elemento do outro. Não sendo possível afirmar qual dos dois aspectos foi predominante na noção, se o subjetivo ou o objetivo, o *ius* deve ser traduzido como uma posição tutelável juridicamente.

Por outro lado, Max Weber²¹⁸ e Miguel Nogueira de Brito²¹⁹ entendem ser possível falar em individualismo em Roma, mesmo diante da inexistência da figura teórica do direito subjetivo. No Direito Romano arcaico, o *ager publicus* não se encontrava sob o regime de propriedade privada e sua posse poderia ser conferida apenas aos cidadãos romanos. Todavia os conflitos existentes entre os patrícios e os plebeus pela posse das terras públicas se intensificaram durante a República e acabaram por culminar na ocupação das terras do *ager KASER publicus* de modo livre por todos os cidadãos. Travou-se um antagonismo entre a colonização do solo público – que era precária e gozava de proteção reduzida – e a propriedade imobiliária privada, que “levava às últimas consequências os elementos individuais da livre disposição da mais absoluta mobilidade”²²⁰.

²¹⁵ THOMAS, Yan. *Il valore delle cose*. A cura di Michele Spanò. Macerara: Quodlibet, 2002. p. 21.

²¹⁶ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999. p. 45.

²¹⁷ D’ORS, Álvaro. Aspectos objetivos e subjetivos del concepto de “ius”. In: BRASIELLO, Ugo et al. *Studi in memoria di Emilio Albertario*, v. II. Milano: Giuffrè, 1953. p. 279-299.

²¹⁸ WEBER, Max. *História agrária romana*. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 107.

²¹⁹ BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 29-62.

²²⁰ WEBER, loc. cit..

Fritz Schulz aponta que o conceito de propriedade no Direito Romano não é individualista, mas o seu regime jurídico sim e, portanto, seria possível explicar como uma propriedade eminentemente processual como a romana seja compatível com uma natureza individualista²²¹. Para Donald Kelley²²², o *dominium ex iure quiritium* é um arquétipo do individualismo possessivo.

No que tange à afirmação de que a propriedade no Direito Romano pode ser definida como absoluta, cabem também algumas ponderações. Se a palavra absoluta for compreendida como uma ausência total de limites, tal qualificação não deve ser aceita, por ser excessivamente literal. De fato, a afirmação de que as faculdades do proprietário eram ilimitadas não pode subsistir porque existiam no Direito Romano muitos limites destinados a frear o arbítrio do proprietário, entre os quais os limites relativos à vizinhança e ao interesse público, tais como restrições ao direito de construir e a imposição de tributos²²³.

Peter Birks, em estudo sobre o conceito romano de domínio e a ideia de propriedade absoluta, aponta que a expressão “direito absoluto” não é apropriada para designar a ausência de limitações ao direito de propriedade no Direito Romano, visto que essas limitações efetivamente existiam²²⁴. Por outro lado, ele entende que a locução pode ser utilizada em termos conceituais para diferenciá-la de outras relações de superioridade e demonstrar sua unicidade e exclusividade, ou seja, sua maior força em relação a outras situações jurídicas.

Helmut Coing, em estudo sobre a história do conceito de direito subjetivo, alerta sobre a diferença entre a ideia de propriedade privada e seu reconhecimento como direito subjetivo, aduzindo que a questão histórico-cultural da propriedade não se confunde com sua dogmática²²⁵. Ele salienta que o não reconhecimento conceitual da propriedade enquanto direito subjetivo, no Direito Romano, não afasta o reconhecimento da ideia de propriedade enquanto titularidade juridicamente reconhecida pela ordem jurídica. A advertência se coaduna perfeitamente com a distinção entre o conceito e o concepção da propriedade, feita no item 1.2 do presente trabalho.

²²¹ SCHULZ, Fritz. *Principios del derecho romano*. Tradução do original alemão *Prinzipien des römischen Rechts*, de 1934. 2. ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 174 apud BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 38.

²²² KELLEY, Donald R. *The human measure: social thought in the western legal tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 51 apud BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 48.

²²³ LOVATO, Andrea; PULIATTI, Salvatore; MARUOTTI, Laura Solidoro. *Diritto privato romano*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 273.

²²⁴ BIRKS, Peter. The Roman law concept of dominium and the idea of absolute ownership. *Acta Juridica*, 1985. p. 1, apud BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 14.

²²⁵ COING, Helmut. *Zur Geschichte des Begriffs 'subjektives Recht*, apud BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 29-30.

Para os fins do presente capítulo, sustenta-se que a ideia de propriedade claramente existiu no Direito Romano, mas que sua conceituação como direito subjetivo não se contextualiza no referido histórico, por conta das estruturas jurídicas existentes e da ausência de sistematicidade conceitual dentro do universo romano. Posteriormente, no que tange ao meio ambiente como valor jurídico, a classificação das coisas existentes no Direito Romano será retomada e estudada de modo mais profundo, a fim de verificar se, por meio dela e em que medida, é possível chegar a uma solução que se pretenda razoável para a disciplina dos chamados “bens comuns”.

Os antigos jurisconsultos e pretores romanos parecem ter ainda muito a oferecer ao jurista contemporâneo. O recurso à equidade e à prudência bem como a incessante busca por soluções para os problemas concretamente vivenciados servem como fontes de inspiração na busca de novas soluções para novos problemas – que talvez não sejam tão novos quanto possam parecer a um observador menos histórico.

Tomando por base a teoria de Villey, entende-se que o Direito antigo era essencialmente objetivo e, mais uma vez, justifica-se o título do presente capítulo, qual seja “A propriedade privada: da *res* ao sujeito”, com o intuito de demonstrar que, na Antiguidade, a tutela proprietária tinha uma nuance objetiva e, somente a partir da Modernidade, a pessoa enquanto sujeito passa a ocupar posição de centralidade, o que traz mudanças significativas à compreensão da realidade, do Direito e da questão proprietária. Contudo as noções mínimas de pertencimento e exclusão já se podem notar nos delineamentos dos regimes proprietários neste período.

Feitas tais observações, dá-se seguimento ao percurso histórico proposto, rumo à propriedade medieval e às situações jurídicas reais, intermediárias. O lugar central da propriedade enquanto instituto jurídico permanece na Idade Média, num modelo que preza pelas utilidades que podem ser geradas pela coisa, com o intuito de obter sua máxima fruição ou produtividade. Entre feudos e frações, numa sociedade onde não só a propriedade era fragmentada, mas em si mesma dividida, se insere o próximo item.

1.2.2 Entre feudos e frações: a propriedade medieval²²⁶

Durante treze séculos, o Direito Romano, fruto da hegemonia econômica e da expansão das fronteiras políticas do Império, expressou a cultura jurídica dominante, garantindo estabilidade política e econômica para os povos conquistados ao longo de um raio de muitos quilômetros. O Império Romano apresentava proporções verdadeiramente continentais, jamais vistas anteriormente na história da humanidade. A inserção dos estrangeiros no cotidiano da *civitas* paulatinamente proporcionou a integração de diversos povos sob um mesmo manto de organização política.

Tal sentido de segurança e progresso para todos os povos dominados por Roma é bem representado pela expressão *Pax Romana*, que define o longo período de relativa paz e estabilidade experimentado pelo Império Romano – de 28 d.C., com a declaração do fim das guerras civis por Augusto, até o ano de 180 d.C., com a morte de Marco Aurélio. Pela primeira vez na história existiu um governo que abraçou praticamente toda a terra (*urbe et orbis*) em uma grande área pacificada. Além disso, o latim, como língua universal, criou uma comunidade cultural e promoveu uma relativa unidade dentro da comunidade política.

Contudo, no século III, a decadência da economia escravista deflagra o processo de declínio do Império Romano do Ocidente. A crise se prolonga até o século IV e a situação se agrava em virtude da desestruturação militar provocada pelas disputas de poder e pelas constantes invasões bárbaras²²⁷. Esse conjunto de fatores culmina na decadência da atividade comercial e na degradação dos centros urbanos. Em 476 d.C., com a invasão de Roma, tem fim o maior império da Antiguidade²²⁸.

A Idade Média foi um longo período da história da Europa, iniciado no século V, com a queda do Império Romano do Ocidente, e estendido até o século XV, com o ataque e a

²²⁶ Segundo Paolo Grossi, não se deve falar de propriedade nem de direitos reais na ordem jurídica medieval. O autor opta pela nomenclatura “situações jurídicas reais”, por entender que a experiência jurídica medieval não se constrói em torno do sujeito e da categoria do direito subjetivo, mas é baseada no primado da coisa sobre as pessoas. A expressão propriedade, por si mesma, evocaria uma análise do mundo a partir do sujeito, que, nesse momento, perde seu protagonismo. (GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Roma/Bari: Laterza, 2011. p. 98-99).

²²⁷ Provocadas pelas fortes ondas migratórias dos povos do norte da Europa, em decorrência de transformações climáticas.

²²⁸ No século IV (395 d.C.), diante dos claros sinais de queda do poder do Império Romano no Ocidente, em especial por conta da invasão dos povos germânicos, o imperador Constantino transferiu a capital do Império para a cidade oriental de Bizâncio, que passou a ser chamada de Constantinopla. A tomada de Roma pelos bárbaros põe fim ao Império Romano do Ocidente, contudo o Império Romano do Oriente perdura até 1493, quando ocorre a invasão turca (IMPERIUM ROMANUM. Disponível em: <<http://www.romanoimpero.com/2010/06/limpero-bizantino.html>>. Acesso em: 17 nov. 2015).

tomada de Constantinopla pelos turcos, em 1453. Divide-se em Alta Idade Média e Baixa Idade Média²²⁹. O primeiro período está compreendido entre os séculos V e X, quando se formaram diversos reinos tribais germânicos e, posteriormente, os feudos e suas relações de suserania e vassalagem. O período da Baixa Idade Média tem início em 1100 e vai até o século XV.

A queda do Império Romano do Ocidente provocou uma crise da própria civilização greco-romana. Todo o edifício em torno do qual a suposta segurança foi construída veio a ruir, algo inimaginável para o cidadão comum, que se sentia protegido dentro dos muros do Império. Tem início um período histórico de transição e de fortes contrastes, no qual a sensação de instabilidade e o clima de desesperança são a tônica principal. Daí surgem três novas civilizações: o Império Bizantino greco-cristão, o mundo árabe-islâmico e o Ocidente latino cristão, composto pela antiga população romana e pelos povos germânicos²³⁰. O papel de unificação de valores em tal época de incerteza foi ocupado pelo Cristianismo, mais especificamente pela Igreja Católica: o poder da Igreja Católica é constituído e fortalecido como fator de unificação da sociedade.

Segundo Mario Carnevale²³¹, em obra dedicada aos ordenamentos jurídicos medievais europeus, o período denominado de Alta Idade Média comporta ainda algumas subfases, que podem ser divididas em: 1) o ordenamento jurídico dos primeiros anos medievais; 2) o direito dos povos germânicos; 3) os ordenamentos carolíngio e pós-carolíngio; 4) a tradição justinianeia e a herança longobarda; e 5) o ordenamento jurídico da Igreja. Por seu turno, a Baixa Idade Média comporta: 1) o renascimento do século XII; 2) o renascimento dos estudos jurídicos; 3) os ordenamentos monárquicos do século XII; 4) os ordenamentos monárquicos da Idade Média madura; e 5) os ordenamentos monárquicos do final da Idade Média²³².

Durante a Alta Idade Média, verifica-se a continuidade dos processos de despovoamento e regressão urbana, provocados pelas invasões bárbaras, iniciadas durante a Antiguidade tardia. Além disso, o desaparecimento do Império e a influência crescente dos povos germânicos criaram um contexto histórico favorável para a criação de um Direito de base mista, que mesclava elementos do Direito Romano, essencialmente escrito e de cunho

²²⁹ Franco Negro salienta que os dois períodos são tão diferentes que parecem inseridos em dois contextos completamente diversos da história. As diferenças são grandes em relação ao contexto econômico-social e também ao aspecto jurídico (NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà* (crisi o evoluzione del diritto di proprietà?). 4. ed. Bologna: Forni, 1970. p. 91).

²³⁰ VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. Rev. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 23.

²³¹ CARNEVALE, Mario. *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*. Bologna: Il Mulino, 1994. p. 7-8.

²³² CARNEVALE, Mario. *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*. Bologna: Il Mulino, 1994. p. 8-10.

processual, e elementos dos povos germânicos, cujos ordenamentos jurídicos baseavam-se na tradição oral e nos quais não havia uma justiça organizada pelo Estado.

Datam desse período a consolidação do senhorialismo e do feudalismo, duas estruturas sociais que marcaram a Europa. Pelo senhorialismo, os camponeses são vassallos de um nobre e para ele trabalham a terra, em troca de uma parte da produção. O feudalismo se relaciona a uma divisão política, pela qual os cavaleiros e outros nobres de *status* inferior prestam serviço militar aos senhores feudais e recebem como compensação uma propriedade senhorial, que lhes atribui o direito de cobrar impostos em determinado território.

Durante a Baixa Idade Média, verifica-se um renascimento das cidades e do comércio, bem como dos estudos jurídicos e das Escolas de Direito, práticas retomadas a partir de uma releitura do Direito Romano que, novamente, passa a ser proposto como o direito comum dos povos; todavia com as devidas adequações ao novo contexto histórico. O crescimento demográfico acentuado e a expansão dos solos cultiváveis geraram o progresso econômico e a dinamização das relações de produção. A partir daí, novas práticas econômicas e sociais começam a surgir, o que ocasionou um processo de declínio das instituições feudais, que maturaram lentamente ao longo dos cinco séculos anteriores.

Quanto às instituições religiosas, é importante notar que, entre os séculos IV e XIV, a Europa foi cristianizada, o que repercute na relação do homem com a natureza. Se nos povos antigos havia uma ligação estreita entre a magia, a superstição e natureza, como no caso dos celtas e dos mitos gregos, na Idade Média permanece ainda algum nível de superstição e folclore, com elementos introduzidos pelo cristianismo²³³. O ambiente natural era interpretado como dotado de uma lógica própria, que poderia inclusive ser perversa: o homem dependia da natureza e não era possível relacionar-se senão por intermédio de uma força mágica ou sobrenatural. Difundido o temor da natureza, tida como ente independente a ser reverenciado e respeitado, o homem é colocado em posição de submissão, tendo uma espécie de temor sagrado diante das forças da natureza, que deveriam ser aplacadas por sacrifícios e rituais.

O cristianismo, ao colocar o homem no centro, inverte o foco da relação com a natureza, num movimento que já se pode notar no antropocentrismo aristotélico. Unificada a Europa em torno da cristandade, unifica-se também a compreensão da natureza a partir da Bíblia, na qual está presente uma visão global das coisas. Tal cosmologia, diferentemente da grega, que parte da experiência, baseia-se na revelação profética. Segundo a doutrina cristã, Deus criou o céu e a terra e o homem à sua imagem e semelhança; com um corpo visível,

²³³ DELORT, Robert; WALTER, François. *Storia dell'ambiente europeo*. Trad. di Manuela Carbone. Bari: Edizione Dedalo, 2002. p. 70-73.

porém finito, e uma alma invisível e transcendente. Com a queda do paraíso, teria havido uma ruptura entre o homem e a natureza, todavia o homem continuaria a ter uma missão na terra, uma dimensão transcendente: “O Senhor Deus tomou o homem e o colocou no parque do Éden, para que o guardasse e o cultivasse (Gn 2: 15)²³⁴”.

Por conta de uma errônea interpretação do livro acima citado, atribuiu-se ao cristianismo um dualismo entre o homem e a natureza, o que legitimaria toda e qualquer intervenção humana no ambiente natural, mesmo a exploração desenfreada dos seus recursos naturais. Todavia tal não é a visão cristã, segundo a qual o homem é o centro da criação e um intermediário entre a natureza e Deus - que fez todas as coisas criadas - cabendo ao primeiro a função de cuidar da terra e torná-la produtiva.

Outro aspecto importante reside na dessacralização da natureza. Enquanto a maioria das religiões considerava a natureza sagrada, o cristianismo a representa como separada de Deus e, portanto, desprovida de qualquer caráter sacro que a torne digna de culto. A natureza manifesta a sabedoria divina, que reúne em si todas as coisas criadas e aquelas que ainda não existem. O homem tem a possibilidade de estudá-la de modo objetivo e, assim, conhecê-la através de um processo racional, que deriva do próprio Deus, o qual deu aos homens a capacidade de conhecer as coisas criadas através das suas faculdades de vontade e inteligência.

Por conta da centralidade das temáticas divinas e do papel do homem na História da salvação, bem como pela própria natureza da economia da época, a proteção ambiental não adquire grande importância na Idade Média. Partindo da lógica grega, aliada à tradição linguística e à teologia dos padres da Igreja, promove-se a compreensão e descrição e métodos de classificação da natureza como forma de chegar ao conhecimento divino.

O homem busca Deus e, para tal, usa da lógica e de outros artifícios gregos. A lógica e o pensamento racional são considerados necessários para descobrir a verdade das coisas. Os estudos mais importantes sobre o tema tratam do conhecimento da verdade através da lógica e dos meios intelectuais providos pela teologia para enfrentar os problemas do conhecimento e da natureza. Destacam-se, em particular, a *Suma Teológica* de São Tomás de Aquino, o *Didascalicon*, de Hugo de São Vitor e o *Metalogicus*, de João de Salisbury²³⁵.

O homem medieval detinha um grande respeito pela natureza e sentia-se como parte integrante dela, até mesmo por questões de subsistência. Tal homem tem na busca de Deus o

²³⁴ BÍBLIA DO PEREGRINO. *Gênesis*. Edição de Estudo. Tradução de Ivo Storniolo e José Bortolini Luís Alonso Schökel. São Paulo: Paulus, 2011. p. 18.

²³⁵ DELORT, Robert; WALTER, François. *Storia dell'ambiente europeo*. Trad. di Manuela Carbone. Bari: Edizione Dedalo, 2002. p. 73-74

sentido da sua existência e esse anseio o leva a construir uma estrada até o transcendente, um caminho que passa pelo esforço individual na busca pela salvação. As faculdades e a criatividade humanas são consideradas dádivas divinas e isso permite a exploração da natureza na busca de uma resposta para as suas causas finais.

Feito esse breve panorama histórico, o objetivo do presente item é demonstrar como a questão proprietária foi disciplinada durante a Idade Média, período histórico marcado pelo pluralismo jurídico e por um direito essencialmente costumeiro, decorrente de um contexto social no qual as esferas da autoridade pública e da autoridade privada se confundiam e eram atribuídas a um sujeito privado, que deveria guiar os outros sujeitos livres. Os ordenamentos jurídicos surgidos no período tinham fonte nos usos e neles encontravam sua razão de ser, o que repercute no regime jurídico da propriedade, que se torna essencialmente fragmentário e variável, de acordo com a localização geográfica da coisa.

É importante notar que, no contexto medieval, vigorava o panorama objetivo do ordenamento jurídico, que colocava no centro da tutela a coisa em si, e não o indivíduo. Tal como na Antiguidade, a propriedade é um mecanismo de tutela jurídica da coisa; mas, na Idade Média, ela funciona em virtude de fatores econômicos relacionados à importância assumida pela propriedade da terra enquanto valor jurídico. Os problemas da apropriação e da atribuição de titularidades são resolvidos numa dimensão essencialmente econômica, que zela pela coisa enquanto atividade produtiva.

A teoria e a praxe medievais são permeadas por um notório *reicentrismo*²³⁶, que expressa a centralidade da coisa em relação ao sujeito. O sujeito proprietário não é o centro do ordenamento, o que permite a maior valorização daquele que empreende sobre o bem em relação ao proprietário, caracterizando-se a prevalência da efetividade sobre a titularidade. Com o fracionamento do domínio, o proprietário vê-se limitado diante do concessionário que, utilizando a terra de modo a dar-lhe efetividade econômica, passa a gozar de tutela proprietária. Como observa Grossi, o primado do objetivo sobre o subjetivo gera um ofuscamento da fronteira entre a titularidade e o exercício da propriedade: as titularidades formais são desprestigiadas e o exercício efetivo de uma faculdade proprietária encontra respaldo na organização social²³⁷.

Tendo em vista a amplitude do período medieval, dedicou-se especial atenção à figura da *Gewere*, aos arranjos da propriedade feudal, aos efeitos do renascimento do Direito

²³⁶ GROSSI, Paolo. Proprietà e contratto. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. Roma/Bari: Laterza, 2005. p. 128-29.

²³⁷ GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 43.

Romano e, por fim, ao pensamento de São Tomás de Aquino sobre a propriedade e seu uso, partindo da premissa que, em seus escritos, se pode antever a noção de função social da propriedade, objeto do presente trabalho. Buscou-se demonstrar *iter* proprietário durante a Idade Média, através de um breve panorama, sem pretensão exauriente. Optou-se por um recorte temático, com uma abordagem específica, que inclui as situações consideradas mais relevantes para a compreensão das linhas gerais da propriedade no período.

O ponto de partida para análise do quadro proprietário situa-se na queda do Império Romano do Ocidente, que marca o fim da Idade Antiga. Logo após as invasões bárbaras, manteve-se o sistema do colonato, característico do final da República Romana: os senhores mantêm a propriedade das terras e ao cultivador não se atribui nenhuma propriedade. A diferença é que os líderes das chamadas tribos bárbaras se tornam os senhores da terra e estabelecem as vilas, cabendo aos servos dar-lhes um destino produtivo.

Posteriormente, atinge-se um período de transição no qual o Direito Romano, até então dominante, começa a sofrer a influência dos direitos dos povos germânicos. Tais povos viviam em comunidades nômades e, via de regra, os terrenos estavam situados em zonas inférteis e de pouca produtividade agrícola, o que motivou as constantes tentativas de invasões do território romano. A família era a célula organizativa base das populações e, em torno dela, se desenvolviam as atividades principais dos homens livres. A estrutura familiar era semelhante àquela construída em torno do *pater familias*, composta pelo pai, pela mulher, pelos filhos e filhas, incluindo também os servos e os semilivres. A comunidade familiar germânica era uma forma de propriedade coletiva, na qual as terras pertenciam à tribo, e as coisas móveis eram atribuídas aos membros da família, coletivamente considerados²³⁸.

Os direitos dos povos bárbaros eram essencialmente orais e baseados na tradição, além de serem muito diversos entre si, o que proporcionou o contexto favorável para o posterior surgimento dos direitos feudais. Cada um desses povos era regido por costumes imemoriais, transmitidos oralmente entre as famílias. Nos novos reinos criados após as invasões, houve uma tentativa de reduzir a termo os direitos nacionais, numa compilação escrita em latim e denominada *Leges nationum Germanicarum* (em alemão *Volksrechts*)²³⁹.

²³⁸ Cf. PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà: storia come evoluzione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 83.

²³⁹ Cf. PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà: storia come evoluzione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 26.

O confronto entre duas culturas jurídicas diversas corresponde ao dualismo cultural do mundo romano-germânico da Alta Idade Média²⁴⁰. Para ilustrar tal contraposição, retomam-se alguns pontos relativos à evolução da disciplina da propriedade no Direito Romano. Conforme salientado no item anterior, no período pré-clássico, os romanos conheciam apenas um tipo de propriedade, o *dominium ex iure quiritium*, privativo dos cidadãos romanos. No período clássico, surgem novos tipos de propriedade, que se somam à propriedade quirítária: a propriedade bonitária ou pretoriana (fruto das ponderações feitas pelo pretor in *bonis habere*), a propriedade peregrina e a propriedade provincial (relativas às terras das províncias, que eram atribuídas ao povo ou ao imperador). No período pós-clássico, Justiniano promove a unificação do *dominium* ao trazer uma única disciplina jurídica para todas as espécies de propriedade.

O ordenamento jurídico, ao lado do *dominium*, admitia uma ampla gama de situações jurídicas, entre elas a *possessio*²⁴¹ e os chamados *iura in re aliena*, como o usufruto e a servidão pessoal, mecanismos de utilização econômica de bens. Tais situações vinham se afirmando desde o século III a.C; contudo a ausência de um conceito de propriedade sempre tornou difícil a diferenciação entre os diversos institutos que, aos poucos, vão se aproximando e perdendo as fronteiras e os elementos identificadores²⁴².

Quando os bárbaros invadiram a Europa, a estrutura dos institutos jurídicos romanos estava bastante mudada em relação ao período clássico²⁴³. Primeiro, porque o Édito de Caracalla (212 d.C.), ao conceder cidadania a todos os habitantes livres do Império, não produziu todos os efeitos esperados e muitas províncias do Império aplicavam um Direito não

²⁴⁰ Cf. VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. Rev. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 38.

²⁴¹ A posse no Direito Romano é um assunto complexo. Como ele não é o tema central do presente estudo, remetemos o leitor interessado às seguintes obras: MILONE, Filippo. *Il possesso delle cose e dei diritti e le azioni che ne derivano secondo le romane e le moderne leggi*. Napoli: Stabilimento Tipografico del Cav. G. De Angelis e Figlio, 1875; BRUGI, Biagio. *Istituzioni di diritto privato giustiniano*: parte prima. Verona: Fratelli Drujer, 1897.

²⁴² Vittorio Scialoja observa que no Direito Romano falta uma definição de propriedade, porque os jurisconsultos romanos não se preocupavam em estabelecer definições e também por questões históricas (SCIALOJA, Vittorio. *Teoria della proprietà nel diritto romano*: lezioni ordinate, curate e edite da Pietro Bonfante, v. 1. Roma: Attilio Sampaolesi, 1928. p. 263).

²⁴³ No período clássico, havia um regime dúplice: em paralelo ao regime do *ius civile* estava o *ius praetorium*, que trazia flexibilidade à rigidez do primeiro. Um exemplo encontra-se na *actio publiciana*, uma criação pretoriana que tutela, in *bonis habere*, uma situação jurídica que não encontra abrigo no Direito quirítário. Na metade do século II d.C., os bens imóveis apenas podiam ser adquiridos por meio de uma transferência solene. Em caso de tradição, o adquirente não era considerado proprietário, mesmo tendo ocorrido o pagamento do preço. Ele assumia a posição de simples possuidor e não gozava de proteção direta contra o vendedor. A pretensão do alienante de readquirir a posse do devedor que realizou o pagamento apenas podia ser paralisada pela *exceptio rei venditae et traditae*, mas este não gozava de uma tutela direta. Para resolver o problema, Quinto Publicius criou a *actio publiciana*, que permitia que o comprador privado da coisa exigisse sua devolução como se proprietário fosse. Para tanto, o pretor se utilizava de uma *fictione* que supunha a ocorrência da aquisição da propriedade por usucapião.

oficial paralelamente ao Direito Romano²⁴⁴. Segundo, porque a própria noção de *dominium* sofreu uma evolução que redimensionou alguns de seus atributos²⁴⁵. Esse *dominium* reconfigurado entra em contato com uma nova estrutura proprietária, a propriedade coletiva longobarda, baseada na *Gewere*, termo que deriva do radical *wern*, que significa vestir, ser investido na posse²⁴⁶.

Põe-se um confronto entre duas tradições distintas: a romana, baseada na propriedade individual, e a longobarda, com cerne na propriedade coletiva²⁴⁷. No embate, o *dominium* romano acabou sendo esvaziado, principalmente por conta das mudanças ocorridas nas estruturas sociais. Os constantes saques e tomadas de bens geraram insegurança e degradação geral da qualidade de vida das populações; por outro lado, o caos administrativo decorrente do esfacelamento do Império gerou uma total desorganização da vida civil. Em não havendo meios efetivos de garanti-la, a propriedade formal perde importância.

No primeiro ciclo de invasões a Roma, no período compreendido entre 476 e 568 d.C., a ocupação foi de breve duração e feita por povos que já tinham contato com os romanos e não possuíam costumes muito diversos dos deles, como os hérulos, os rúgios e os ostrogodos; por isso o Direito Romano foi mantido enquanto Direito comum. Ao contrário do que normalmente acontece em caso de conquista, os invasores não destruíram totalmente a organização do Império Romano, mas, tentando se integrar nele a seu modo, inseriram suas estruturas organizacionais na estrutura que já existia.

No que se refere à propriedade, tais povos impuseram aos romanos a *tertia*, prática germânica que consistia em tomar dos vencedores um terço de suas terras ou de lhes exigir o

²⁴⁴ PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà: storia come evoluzione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 84.

²⁴⁵ Na fase arcaica do Direito Romano, o direito de propriedade era rigidamente alicerçado sob as ideias de plenitude e de unicidade, o que excluía de antemão a tutela de posições subjetivas diversas do legítimo proprietário. Em tal contexto, eram inadmissíveis os *iura in re aliena*, que seriam limitações ao direito de propriedade. Contudo as mudanças ocorridas na economia acabaram por trazer novas necessidades. A outorga da propriedade provincial ao povo ou ao imperador tornava impossível a gestão direta das terras pelo *dominus* formal, o que tornou necessária a atribuição de alguns poderes proprietários a outros sujeitos não proprietários que adquiriam o poder de explorar o fundo. O ordenamento se adequou às novas exigências e trouxe para estes uma tutela possessória. No período pós-clássico, o conceito de *dominium* foi sendo ampliado, para incluir relações econômicas próximas ao direito de propriedade que o Direito clássico não entendia como domínio, e as fronteiras que diferenciavam o *dominium* da *possessio* foram se enfraquecendo. Progressivamente, as características que diferenciavam o *dominium* da *possessio* foram perdendo os limites e se confundindo com as demais situações reais. Na divisão entre a posse e a propriedade surgem modalidades de direitos reais sobre a coisa alheia como o usufruto e a servidão, desdobramentos das faculdades inerentes do domínio. Tais situações foram sendo confundidas com o *dominium*, chegando a um ponto tal que praticamente inexistia diferença entre elas.

²⁴⁶ PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà: storia come evoluzione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 82.

²⁴⁷ Franco Negro sustenta que o confronto entre a propriedade individualista romana e a propriedade coletiva germânica deveria ter trazido uma evolução social ao instituto proprietário, o que não ocorreu, à exceção do contributo cristão. O contato entre duas tradições se realizou de modo confuso e disperso e depois desapareceu quase sem deixar rastro (NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà* (crisi o evoluzione del diritto di proprietà?). 4. ed. Bologna: Forni, 1970. p. 90).

pagamento ao fisco de um terço da renda por elas geradas, prática semelhante ao *metatum* ou *hospitalitas romana*, que consistia na obrigação de hospedar os soldados ou funcionários públicos romanos, concedendo-lhes um terço ou metade da casa de homens ilustres²⁴⁸. Por conta dessa proximidade de costumes, nos primeiros anos, a situação proprietária em Roma não sofreu grandes alterações, mantendo-se o regime do colonato juntamente com a *tertia*.

Além disso, escravidão era comum aos germanos e aos romanos, contudo, enquanto os primeiros tornavam os conquistados servos nas glebas rurais, os segundos previam o colonato como meio de organização da vida no campo. Não houve confronto nesse particular porque ambas as culturas observavam as mesmas práticas rurais, ainda que com algumas particularidades. Por sua vez, a propriedade mobiliária no período não apresenta grande importância, tanto pelo declínio da indústria e do comércio, como pelos constantes saques e assaltos. A riqueza passa a se concentrar exclusivamente sobre a terra e os estudos se concentram na propriedade fundiária.

De 553 a 568 d.C. ocorre a dominação bizantina. Data do período a *Constitutio pragmatica* (544 d.C.), na qual Justiniano, agora Imperador do Império Romano do Oriente, reintegra a Itália ao Império, cancela as mudanças feitas no regime da propriedade e restitui algumas terras que foram expropriadas pelos conquistadores. Por conta das frequentes invasões, a grande propriedade passa a sofrer gravames destinados a sustentar as atividades militares, entre eles o ônus de fornecer soldados ao exército imperial, bem como a obrigação imposta aos que habitavam na vizinhança dos acampamentos de realizar a guarda das fortificações e defendê-las em caso de invasão.

Mudanças mais profundas na propriedade ocorrem quando os lombardos assumem o poder (568 a 774 d.C.) e estabelecem seu próprio Direito como o regente de suas relações com os romanos²⁴⁹. Eles se apropriaram dos bens da Coroa e do Fisco e reservaram uma parte relevante das terras à propriedade coletiva; contudo as terras restantes continuaram sendo de propriedade privada dos romanos, que tinham a obrigação de pagar ao Fisco a *tertia*, ou seja, a terça parte dos rendimentos do que era produzido²⁵⁰. A partir de 584 d.C.²⁵¹, a *tertia* deixou

²⁴⁸ NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà* (crisi o evoluzione del diritto di proprietà?). 4. ed. Bologna: Forni, 1970. p. 92.

²⁴⁹ Os lombardos continuaram a reger-se pelas suas leis por 75 anos após a ocupação, até a promulgação do Édito de Rotari, em 22 de novembro de 643. Trata-se de uma compilação dos costumes lombardos e de suas influências romanas (NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà* (crisi o evoluzione del diritto di proprietà?). 4. ed. Bologna: Forni, 1970. p. 97).

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 86.

²⁵¹ Os lombardos dominaram a Itália por 206 anos. Logo após a invasão instauraram o reino lombardo. Contudo, no período compreendido entre 575 e 584 d.C., houve um governo autônomo dos nobres e duques, que destituiu o reinado anteriormente estabelecido. Em 584 d.C., ocorreu a restauração do reinado e a restituição de metade

de ser cobrada como tributo e efetuou-se uma redistribuição das terras privadas: um terço foi atribuído aos proprietários originais, um terço para fins militares e o terço restante foi outorgado aos *hospites* lombardos, inicialmente, de acordo com as regras da propriedade comum familiar e, posteriormente, de acordo com a propriedade privada individual.

A organização econômica do período lombardo foi centrada em torno da propriedade rural, que passou a ser organizada pelo sistema curtense. As *curtis* eram grandes propriedades de terra que pertenciam a um *dominus*, normalmente um nobre ligado ao rei em vínculo de vassalagem. Em torno das vilas dos senhores estavam as habitações dos colonos que, além dos tributos anuais pagos ao Fisco, possuíam duas obrigações em relação ao proprietário: uma contribuição anual *in natura* da produção (via de regra, o terço) e a prestação de serviços (*operae*) por três dias da semana.

A tradição proprietária lombarda baseava-se na propriedade familiar (comunhão familiar germânica) e na propriedade coletiva, que recaía sobre solos comuns de um determinado território, englobando bosques, montes e pastos. Para os lombardos, a propriedade era essencialmente coletiva e, no seu Direito antigo, apenas os filhos podiam herdá-la; a propriedade privada não era reconhecida fora de tal esquema familiar. O contato com a civilização romana faz com que essa população venha a absorver as estruturas da propriedade privada, centro do ordenamento jurídico romano. A atribuição de terras aos *hospites* foi o germe para o desenvolvimento do conceito de propriedade privada entre os lombardos, que passam a reconhecer uma propriedade individual ao lado da propriedade comum da família e da propriedade coletiva.

O domínio germânico em Roma foi marcado por duas tendências opostas: o conceito coletivista da propriedade germânica e o individualista romano²⁵². A exposição de algumas linhas da propriedade familiar germânica facilitará o entendimento da contraposição dos regimes. Tal propriedade tem suas origens na antiga família germânica²⁵³, que difere da romana, a começar pela relação do pai com os filhos. O filho germânico adquire a maioridade aos 18 anos, quando se torna soldado e não está mais vinculado ao pai; o filho romano está

dos seus haveres à Coroa, o que gerou uma nova distribuição de terras (NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà* (crisi o evoluzione del diritto di proprietà?). 4. ed. Bologna: Forni, 1970. p. 96).

²⁵² Miguel Nogueira de Brito entende que se trata de um falso conflito: “Desde logo, é historicamente falsa a contraposição entre uma concepção romanista e uma concepção germânica de propriedade, na medida em que não só nunca existiu um ‘Direito germânico’ comparável ao sistema do Direito romano, mas ainda porque também no âmbito deste último não era desconhecida a ideia de vinculação social da propriedade” (BRITO, Miguel Nogueira de. *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: FFMS, 2010. p. 61).

²⁵³ NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà* (crisi o evoluzione del diritto di proprietà?). 4. ed. Bologna: Forni, 1970. p. 98.

sujeito à *patria potestas* até a morte do pai. Em termos sucessórios, no Direito Romano clássico, a vontade do *pater* era determinante e a sucessão testamentária tinha primazia em relação à legítima, o que ocorria apenas na hipótese de defeito no testamento.

No Direito germânico, o pai não tinha a livre disposição dos seus bens por testamento, que eram automaticamente herdados pelos filhos homens, considerados herdeiros naturais do patrimônio. O pai é apenas um administrador dos bens e não pode dispor do patrimônio *causa mortis*, tampouco *inter vivos* porque o patrimônio pertence à família e deve ser mantido, salvo em caso de necessidade²⁵⁴. O filho que se torna soldado rompe o vínculo com a família paterna e a ele é atribuída uma gleba de terra que ainda não foi ocupada pela tribo. Somente quando as tribos atingem um nível maior de fixação ao solo passam a reconhecer ao filho o direito de solicitar sua cota da divisão do patrimônio doméstico, permanecendo a comunhão entre os demais membros da família.

Essa diferença implica dois regimes diversos da propriedade e o conceito de propriedade que se atribui a cada uma delas; a primeira coletiva e a segunda individual. A comunhão familiar germânica é uma organização de propriedade coletiva dotada de regras próprias. A propriedade é atribuída a todos os membros da família enquanto grupo, e não individualmente. Tal ideia de união contrapõe-se à noção romana de unidade, que determina que a propriedade deva pertencer a um sujeito. Trata-se de uma propriedade *sui generis*, na qual o titular é uma determinada coletividade.

A chave para a compreensão da propriedade lombarda está em sua relação com os bens. O instrumento conceitual que exprime tal significado é a *Gewere*, instrumento jurídico que permitia a fruição da coisa e a defesa da relação instaurada contra interferências externas. A propriedade romana e a *Gewere* são diversas: a primeira implica senhoria sobre uma coisa, enquanto a *Gewere* é uma situação fática de uso ou gozo elevada a título, que se aproxima mais da posse do que da propriedade. A efetividade da relação com o bem e a concreta fruição das utilidades a aproxima da posse, contudo a diferença é que a *Gewere* é uma situação fática elevada a título.

Por sua vez, o contato dos germanos com a cultura romana leva a uma evolução na qual ambas as propriedades vão sofrendo mudanças até se tornarem individuais. As formas originárias de propriedade germânica (propriedade coletiva e familiar) sofreram grandes transformações e ambas deram origem à propriedade individual, ainda que coexistissem nas

²⁵⁴ A *Lex Saxonum* (62, 64) consente a alienação do patrimônio familiar em caso de necessidade, mas atribui a prelação aos parentes mais próximos (Ibidem. p. 100).

suas formas imperfeitas. A terra usada coletivamente, progressivamente, se torna propriedade individual e a propriedade familiar se fraciona e perde força²⁵⁵. Paolo Grossi²⁵⁶ aponta que o baricentro do sistema se desloca da propriedade para outras formas de titularidade, que possuem nomenclaturas diversas conforme as culturas – *Gewere*, no caso germânico –, mas que significam a abertura constante e uniforme para a dimensão fática que se manifesta no uso, no gozo e na aparência. Segundo o autor, a tripartição fundamental em torno da qual os romanos organizaram as situações jurídicas reais, como o *dominium*, a *possessio* e a *detentatio* – em que *dominium* representa o senhorio individual sobre a coisa, a *possessio*, uma relação de fato com ela e a *detentatio*, um simples fato que não possui relevância –, perde força porque está organizada em torno da vontade do sujeito e das titularidades formais sobre a coisa.

A visão germânica é reicentrista, voltada para a coisa e para as diversas utilidades por ela produzidas, e permeável ao reconhecimento de situações de fato que não são formalmente consideradas como títulos. As recíprocas influências entre as culturas trouxeram o contexto ideal para que fosse derrubado definitivamente o muro que separava a propriedade de situações jurídicas possessórias: o fato passa a ter mais força do que o título, e a tutela desloca-se da validade para a efetividade. A mentalidade formalista proprietária romana cede lugar para a efetividade na relação estabelecida entre a pessoa e a coisa e pela tutela das utilidades geradas por esta última.

Do confronto entre as culturas romana e lombarda, podem-se notar dois fenômenos: a progressiva individualização das propriedades germânicas tradicionais (a coletiva, do território; e a comum, da família) e a perda de centralidade do *dominium* romano, que passa a reconhecer outras situações essencialmente centradas na posse. A *Gewere* não foi recepcionada pelo Direito Romano, mas seu modelo de pertencimento influenciou a praxe da época. As novas estruturas sociais exigiam novos arranjos proprietários e o Direito Romano cedeu a um modelo mais adequado à nova realidade instaurada.

²⁵⁵ Aponta Franco Negro que, apesar do progressivo banimento da propriedade coletiva, o espírito de coletividade se fez sentir na permanência de algumas disposições de vontade para os parentes e também para estranhos. E na península itálica surgem diversas formas de consórcio livre que reproduzem uma forma de copropriedade germânica. Os comunistas são chamados de consortes, *sortifices*, *consortifices* ou *pationarii*, que, em regra, são irmãos, mas que também podem incluir outros parentes, como tios e sobrinhos. Tais associações surgem da necessidade de resistência contra a tendência de formação de latifúndios e possibilitam a manutenção em comum do patrimônio paterno ou familiar (NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà (crisi o evoluzione del diritto di proprietà?)*. 4. ed. Bologna: Forni, 1970. p. 105).

²⁵⁶ GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 102.

No século VIII, terminado o domínio lombardo, tem início uma formação que promove alterações no modo de organização da propriedade: o feudalismo que, a partir do Império franco, se desenvolve por toda a Europa. O contexto histórico é marcado pela ocupação árabe no Mediterrâneo. Diante do isolamento gerado pela dificuldade de manter o comércio com o Oriente, as vilas passam a produzir de forma autônoma e, para garantir sua segurança, estabelecem governos e regras próprias, o que acaba por originar o sistema feudal. O feudalismo se afirmou lentamente mediante a presença de três fatores: o benefício, a vassalagem e a imunidade²⁵⁷.

O benefício (*beneficium* ou *precaria*) é o elemento patrimonial do feudo, uma espécie de usufruto que concede o direito de exploração de terras, direito inalienável e insuscetível de usucapião. Tem origem no Império Franco, quando, por conta das invasões árabes, o Imperador Carlo Martello concedeu precariamente bens da Igreja aos fiéis para financiar guerras²⁵⁸.

A vassalagem é o vínculo pessoal estabelecido entre o senhor feudal e o vassalo por meio de livre acordo, pelo qual este presta um juramento de fidelidade àquele, que, em contrapartida, tem o dever de lhe garantir segurança e o proteger dos ataques externos e saques²⁵⁹. Sua origem remota está na comitiva germânica, antigo pacto pelo qual os jovens guerreiros se colocavam sob a condução de um chefe ou senhor e formavam o *comitatus*. O acordo se perfaz por um ato denominado *commendatio per manus in manus*, que consiste na prestação de juramento de fidelidade, efetuado com a colocação da mão sobre a mão do senhor. O vínculo é assumido livremente e não implica a diminuição da liberdade ou a assunção da condição de escravo. Como decorrência da lealdade ao senhor, é atribuída a concessão da terra ao vassalo como um complemento do instituto da vassalagem.

A imunidade tem raízes no Direito Romano. Trata-se de um elemento público da propriedade medieval, que consistia não apenas na isenção de tributos e prestações pessoais, abrangendo ainda a imunidade na prestação de serviços públicos, penas fiscais (*emunitas ab exactionibus*) e pecuniárias, além da proteção contra a execução pública (*emunitas a districtione*)²⁶⁰.

²⁵⁷ NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà* (crisi o evoluzione del diritto di proprietà?). 4. ed. Bologna: Forni, 1970. p. 109-114.

²⁵⁸ RITTSTIEG, Helmut. *La proprietà come problema fondamentale*. Tradução de Enrico Caterini et al. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. p. 19.

²⁵⁹ Ibidem. p. 20.

²⁶⁰ RITTSTIEG, Helmut. *La proprietà come problema fondamentale*. Tradução de Enrico Caterini et al. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. p. 20.

Apesar de o feudalismo apresentar os três fatores base anteriormente citados – o benefício, a vassalagem e a imunidade –, os direitos feudais são muito diferentes entre si e cada um deles possui características próprias, que variam de país para país. O ponto de partida comum do domínio é o direito sobre a terra²⁶¹. De um modo geral, os direitos feudais são direitos mais complexos, que se baseiam no desmembramento do domínio como concretização do aproveitamento máximo das utilidades da coisa. A noção de propriedade da terra é fundamental para a compreensão da dinâmica das relações reais da época: a propriedade não se baseia num poder de disposição capaz de excluir terceiros, mas funda-se na ideia de efetividade, de direitos naturais concretos que decorrem da exploração da terra²⁶².

Franco Negro²⁶³ sustenta que a propriedade fracionada da terra está associada à noção de soberania e à exploração de um homem pelo outro. Isso se dá porque a inexistência de um poder central forte tem repercussões no campo do Direito Público, pois o senhor da terra passa a ter atribuições equivalentes às de um governante, dotado de soberania sobre coisas e pessoas. Diversamente, Helmut Rittstieg²⁶⁴ salienta que o direito do proprietário sobre o terreno e sobre os homens que o cultivam tem como correspectivo o aproveitamento econômico da superfície, além de uma série de deveres em relação a eles.

Os privilégios concedidos aos senhores feudais devem ser entendidos dentro do contexto histórico do juramento de vassalagem, que tem por base a seguinte fórmula (*Schabenspiegel*): “queremos servir aos senhores porque eles nos protegem; se eles não nos protegessem, não estaríamos obrigados por lei a nenhum serviço”²⁶⁵, que demonstra que o proprietário do terreno está indissociavelmente ligado ao adimplemento de deveres de proteção em relação aos vassalos. Este tem o dever de garantir a paz interna e de prevenir invasões, o que cria a necessidade de uma jurisdição própria, um mecanismo de resolução de conflitos internos, além de um exército para a defesa contra os ataques externos.

Tais particularidades conduziram sucessivamente à distinção entre dois tipos de propriedade: a do senhor feudal e a do servo da gleba, qual seja, a conhecida distinção entre o domínio direto e o domínio útil. A característica fundamental é a ligação entre ambos: ao privilégio econômico de exploração liga-se o domínio útil dos habitantes do terreno, que não

²⁶¹ Até o século XIX, na maior parte da Europa, os direitos sobre a terra e a propriedade agrária eram os dois grandes fatores produtivos.

²⁶² RITTSTIEG, loc. cit.

²⁶³ RITTSTIEG, Helmut. *La proprietà come problema fondamentale*. Tradução de Enrico Caterini et al. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. p. 114.

²⁶⁴ Ibidem. p. 21.

²⁶⁵ Na tradução para o italiano: “Vogliamo servire i signori perché ci proteggono. Se non ci protegessero, allora, secondo la legge, non saremmo debitori di alcun servizio” (Cf. RITTSTIEG, *La proprietà come problema fondamentale*. Tradução de Enrico Caterini et al. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. p. 21).

se confunde com a propriedade do terreno. São dois direitos diversos e autônomos, porém coligados. A propriedade do senhor é chamada de domínio eminente e a do vassalo, de domínio útil.

O primeiro é uma propriedade formal, pois se limita à atribuição de apenas alguns direitos, tais como a visita ao feudo, o direito de retratação em caso de alienação e o direito de consolidação (por extinção da família feudal, por renúncia ao feudo, por alienação do feudo sem o consenso do senhor e pela violação ao juramento de fidelidade). À exceção de tais direitos, todos os demais estão concentrados nas mãos do vassalo, que é o responsável por dar destino produtivo à terra.

A figura do desmembramento do domínio é fruto de uma evolução que decorre da necessidade de fixar o explorador na terra e garantir-lhe algum grau de segurança²⁶⁶. O colono que, no Direito Romano, não possuía direitos sobre a terra, acaba por ser considerado também proprietário. Inicialmente, outorgam-se alguns poderes ao cultivador da terra, até que se atribui ao explorador um direito real que limita a propriedade do senhor, configurando o domínio dividido. A *utilitas* reflete a efetividade da mentalidade possessória da Alta Idade Média, que valoriza ao máximo o sujeito que dá destino produtivo à coisa, mesmo que afrente os poderes dos titulares formais.

O modelo feudal se reproduz por quatro séculos na Europa, do século VII ao século XI, até o fim da Alta Idade Média, e o que se define por “propriedade medieval”²⁶⁷ com repercussões tanto na estrutura jurídica quanto na política. A partir do século XI, em algumas regiões da Europa, começa um movimento de revalorização da atividade mercantil que provoca o desenvolvimento urbano e a retomada das atividades econômicas²⁶⁸. A tais

²⁶⁶ A distinção entre a propriedade do soberano e a do vassalo como domínio direto e domínio útil é feita posteriormente pelos canonistas influenciados pelo Direito Romano.

²⁶⁷ Para Grossi, “não há dúvida de que os *dominia* medievais pouco tenham a compartilhar com a propriedade moderna e que pela sua qualificação o próprio termo ‘propriedade’ não esteja imune de ambiguidades; nem há igualmente dúvida de que nenhum *dominium* – nem o direto nem o útil – represente a propriedade. Os *dominia* constituem porém sempre *uma* propriedade, são sempre uma resposta à procura daquele momento mais intenso do pertencimento que, com as suas já assinaladas descontinuidades, é porém o fio condutor que liga o *dominium* clássico, os *dominia* dos Glosadores, à propriedade dos pandectistas” (Cf. GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 55). José de Oliveira Ascensão defende que as faculdades contidas na propriedade dividida “estariam de tal modo distribuídas que não se poderia dizer que algum dos intervenientes fosse verdadeiramente o proprietário” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*. 5. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 136).

²⁶⁸ “A retomada da vida econômica foi acompanhada de um vivaz reflorescimento da cultura e das correntes espirituais. Assim, o Renascimento dos séculos XI e XII resulta de um fenômeno complexo e fortemente multifacetado. A historiografia parece orientada a atribuir a retomada econômica do Ocidente europeu a uma pluralidade de fatores e a dar ênfase ao significado do incremento demográfico, do desenvolvimento do comércio local, do uso dos instrumentos econômicos mais avançados no cultivo agrícola” (Cf. CARNAVALE, Mario. *Ordinamenti giuridici dell’Europa medievale*. Bologna: Il Mulino, 1994. p. 244).

mudanças adicionam-se novos movimentos culturais e correntes espirituais, configurando um momento histórico que é conhecido como o Renascimento dos séculos XI e XII, período em que se verifica uma retomada das cidades e do comércio, bem como dos estudos jurídicos²⁶⁹.

A estrutura feudal – que até então era a forma de organização dominante – se mostra insuficiente para garantir as necessidades da época e assegurar sua continuidade. Por sua vez, o poder político, antes exercido pelo Papado e pelo Império, passa a ser representado também por novos setores da sociedade, como as corporações de ofício e mercantis. Uma classe social começa a adquirir importância, a burguesia, que tem atividades baseadas no livre comércio e na abertura de fronteiras. Para fazer frente às restrições da organização feudal, entre os séculos XIII e XV, desenvolve-se um novo sistema de organização do poder político, destinado a promover sua unificação por meio do reforço de uma autoridade central soberana.

O fenômeno adquire especial força na Inglaterra, país no qual a propriedade, em sentido moderno, se desenvolveu como fruto dos conflitos políticos existentes entre os vassallos e o rei no século XII. Os vassallos estavam numa situação de grande dependência em relação ao senhor (lordes) e não tinham mecanismos para garantir seus direitos. A solução foi a promoção do poder central do rei, que, através da *Magna Charta Libertatum*, acabou por elevar a propriedade a direito real autônomo, não sujeito a vínculos de ordem pessoal²⁷⁰.

Se a propriedade da Alta Idade Média foi essencialmente territorial rural, na Baixa Idade Média, a propriedade se insere no contexto de uma economia urbana, que substituiu a economia curtense, ou rural. Surge a figura do mercador, que realiza a mercancia como prática de vida e, nesse momento, a propriedade mobiliária passa a adquirir valor em detrimento da imobiliária. Juridicamente, o contexto é marcado pela redescoberta do *Corpus Iuris Civilis* e pela difusão de um Direito comum de base romana, no qual os estudiosos procuraram esclarecer eventuais contradições, adaptando-o à nova realidade.

A Escola de Bolonha, fundada por Irnerius com a ajuda de outros quatro estudiosos – Búlgarus, Martinus, Hugo e Jacobus – realizou a compilação do Direito Justinianeu, em trabalho que resultou na elaboração das glosas (Glosa Ordinária ou Glosa Magna ao *Corpus Iuris*), breves comentários aos textos romanistas feitos nos rodapés dos textos.

²⁶⁹ Cabe estabelecer que houve tentativas anteriores de restaurar o Direito Romano, como a ocorrida na Idade Média (962 d.C.) com o Sacro Império Romano Germânico, que se manteve por quase um milênio, até ser destruído por Napoleão em 1806. Porém, de 1100 em diante, há a redescoberta do *Corpus Iuris Civilis* e do Direito justinianeu.

²⁷⁰ Inicialmente, o rei Henrique II procura regular as relações entre os feudatários e concessionários mediante a promulgação do Assize of Northampton (1176), que estabelece uma corte de doze homens que deve julgar os citados conflitos, trazendo um controle de legalidade das atividades dos lordes. O ato abriu espaço para a promulgação da Magna Carta pelo rei João Sem Terra (Cf. PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà: storia come evoluzione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 97).

Posteriormente, os pós-glosadores, em atividade iniciada no século XII por Accursius (1250-1320 Glosas Accursianas) e ampliada por Bártolo (1314- 1357), foram além da interpretação literal dos textos e adaptaram o Direito Romano às necessidades da época.

A solução encontrada para compatibilizá-lo com os direitos locais foi a criação de uma lei geral (*ius comune*), que coexistia com os direitos particulares de cada povo (*iura propria*). O Direito Romano representava o Direito conforme a tradição e a racionalidade jurídica e valia até que fosse derogado pelas leis próprias. Em relação à propriedade, o modelo romano, em que o *dominium* era o centro dos direitos reais, distanciava-se muito da vida prática, na qual vigorava um modelo baseado na concessão de terras (mediante a *enfiteuse* e a *locatio a lungo temporis*), na tutela das situações possessórias e na atipicidade dos direitos reais sobre coisa alheia²⁷¹.

Até a retomada dos estudos de Direito Romano, o Direito era destinado a garantir a eficácia das diferentes manifestações de titularidades reais, não importando sua qualificação e sistematização. Os glosadores, imbuídos de um espírito científico, procuraram trazer clareza e diferenciar as várias categorias previstas de modo assistemático, porém, como os romanos não estabeleceram um conceito de propriedade e possuíam um sistema de *actiones*, o critério para a diferenciação baseou-se no elemento dinâmico da propriedade, e não tanto nas características do domínio.

As Glosas Accursianas, partindo das *actio in rem*, criaram um direito de propriedade que devia ser exercido diretamente sobre a coisa, sublinhando que o verdadeiro *dominium* consiste *in jus plenum in re corporali*²⁷². O ponto de partida para a diferenciação das categorias reais foi a análise da *vindicatio* romana (*ius vindicandi*), uma *actio in rem* (que segue a coisa aonde quer que ela esteja) que tem como fundamento um *ius in re*, um direito imediato sobre a coisa, seja ela corpórea ou incorpórea. A propriedade é um direito que se defende *erga omnes* mediante a reivindicação, e o critério determinante para a determinação de categorias é a oponibilidade, a tutela do direito em face de terceiros. Segundo a glosa, o

²⁷¹ Além disso, a *locatio a lungo temporis*, ou perpétua, havia esvaziado o conceito clássico de domínio e as relações decorrentes da enfiteuse geravam direitos livremente comerciáveis e mais valorizados do que a propriedade formal de bens (BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 196).

²⁷² Os glosadores, diante das dificuldades, inicialmente seguiram os romanos e não estabeleceram um conceito de propriedade, o que só acontece com Bártolo, que elaborou uma das definições mais célebres de domínio já existentes, que repercute até os dias atuais. Ao cunhar sua definição de domínio, ele determina que o objeto deva ser necessariamente corpóreo, tal como Pothier. Ele considera também que a *vindicatio* romana pode ser direta ou útil, a primeira quando estabelecida em defesa da propriedade e a segunda quando estabelecida em prol de um direito sobre coisa alheia, como a enfiteuse e a superfície (Cf. GAMBARO, Antonio. *Il diritto di proprietà*. Milano: Giuffrè, 1995. p. 198).

dominium é um *ius in re*: o domínio incide sobre uma coisa corpórea; ao contrário, o *ius in re aliena* incide sobre uma coisa incorpórea, como, por exemplo, a servidão predial.

Por seu turno, Bártolo, em seu *Digestum novum*²⁷³ (livro XLI), abordou três questões importantes: a definição de domínio, sua divisão em domínio direto e domínio útil e a coexistência de vários domínios úteis. Ele propõe a seguinte definição de propriedade: “*dominium est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur*”. Partindo da conhecida afirmação romana de que “*dominium est jus utendi et abutendi quatenus iuris ratio patitur*” coloca a disponibilidade (entendida não no sentido técnico, mas como senhoria sobre a coisa) como elemento central do conceito de propriedade, posição inicialmente ocupada pela reivindicação²⁷⁴.

A teoria do domínio dividido se adequou ao contexto da propriedade feudal, caracterizado pela cisão entre a propriedade formal e o empreendimento agrário. Franco Negro²⁷⁵ defende que a divisão do domínio foi um expediente que não promoveu uma efetiva alteração do conceito de propriedade: os glosadores, face à multiplicidade de direitos reais existentes no período, quiseram criar uma hierarquia entre eles e proteger o utilitarista, mas não pretendiam defender que a propriedade tivesse o caráter normal de se dividir em vários domínios sobre uma mesma coisa. Assim, mesmo nas glosas, a propriedade verdadeira seria sempre um *ius plenum in re corporali*. Igualmente, Miguel Nogueira de Brito defende que a ideia de propriedade absoluta não se mostra incompatível com o domínio dividido, mas sim com uma certa visão do Direito Romano, em especial da pandectística alemã e, posteriormente, com o reconhecimento do individualismo proprietário²⁷⁶.

Apesar da evolução doutrinária, as leis do período não trouxeram significativas alterações ao regime jurídico da propriedade. As mudanças implementadas foram de ordem teórica e a propriedade passou a ser entendida como aquela concebida pelo Direito Romano, com as interpolações trazidas pelos glosadores e pós-glosadores. Por outro lado, foram feitos também avanços importantes no desenvolvimento filosófico da propriedade pela escolástica cristã.

Inicialmente, a patrística cristã, com fundamento nos estoicos (Sêneca), em Cícero e em Platão, sustentava que a propriedade privada não expressava uma relação inata do homem

²⁷³ Cf. BARTOLO, N. 4 a D.41.2.17 apud BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 197; PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà: storia come evoluzione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 120.

²⁷⁴ Cf. BARASSI, Lodovico. *Proprietà e comproprietà*. Milano: Giuffrè, 1951. p. 15.

²⁷⁵ NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà* (crisi o evoluzione del diritto di proprietà?). 4. ed. Bologna: Forni, 1970. p. 134.

²⁷⁶ BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 201.

com a natureza e sua criação era justificada pela corrupção do homem. Os pais da Igreja harmonizaram essas teorias com as narrações bíblicas do Jardim do Éden e da queda provocada pelo pecado original. Teria existido uma Idade de Ouro, na qual os homens eram representados como iguais no estado de natureza; a propriedade representava uma seqüela do pecado original. A visão está presente no pensamento de Santo Ambrósio e de Santo Agostinho.

O primeiro, bispo de Milão explicava que, segundo a natureza, a propriedade é comum porque todas as coisas foram criadas para o uso comum de todos os homens²⁷⁷. Santo Agostinho defendeu a ideia de que a queda, além da corrupção humana, gerou também uma divisão entre a cidade de Deus e a cidade dos homens: na cidade de Deus, não existia a propriedade privada, diversamente do que acontecia na cidade dos homens. A propriedade privada é cabível por emanar das leis do Estado, mas não é um instituto de Direito Natural, apenas do Direito das gentes.

Os intelectuais da Idade Média foram formados pelas obras de Santo Agostinho, mas, a partir do século XII, sua influência foi perdendo força nas universidades, no que foi substituído por São Tomás de Aquino²⁷⁸. O Doutor Angélico²⁷⁹ teve o mérito de adaptar a doutrina teológica ao aristotelismo²⁸⁰, o que trouxe significativas contribuições à temática proprietária, ainda que essa não tenha sido o objeto principal de suas investigações. De outra parte, aponta que as instituições do mundo são instituições da Igreja e que a propriedade enquanto instituto do ordenamento civil terreno era necessária para regular o comportamento humano. A propriedade passa a ser entendida como um instinto natural de origem divina, promovida para a ordenação das condutas humanas.

Ele defende que a comunhão de bens gera instabilidade social por ser fonte de infinitas disputas; a paz se mantém quando cada um cuida de suas coisas, pois o ser humano é mais solícito a administrar o que lhe é próprio do que o que é comum. Com base em tais

²⁷⁷ “Os filósofos pagãos acreditavam que o regime justo consistisse no fato de que todos tivessem as coisas públicas para uso público e as coisas privadas para uso privado. Mas isso não é conforme às exigências da natureza, já que esta deu a todos os homens as coisas em comum. Deus dispôs as coisas de tal modo para que o alimento e a posse da terra fossem comuns a todos. Assim, a natureza deu origem ao Direito comum; a usurpação é causa do Direito Privado. Não que os filósofos pagãos tenham ido além de renovar a teoria dos estoicos, segundo a qual tudo o que a natureza produz está ordenado ao serviço dos homens; mas os homens foram criados para servir a outros homens, de modo que se ajudem mutuamente” (*De officiis ministrorum*, L. I, cap. XXVIII, num. 130-137 apud PALACIO, José Maria. *Concetto cristiano di proprietà*. Milano: Società Editrice Vita e Pensiero, 1937. p. 38).

²⁷⁸ Sobre o desenvolvimento de uma doutrina cristã da propriedade, recomenda-se: PALACIO, José Maria. *Concetto cristiano di proprietà*. Milano: Società Editrice Vita e Pensiero, 1937.

²⁷⁹ O título de *Doctor Angelicus* (Doutor Angélico) lhe foi outorgado pelo Papa Pio V, em 1567, por ocasião de sua proclamação como santo (canonização), ato privativo do chefe da Igreja Católica.

²⁸⁰ Cf. VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 109.

afirmações, ele conclui que a propriedade privada de bens não é contrária ao Direito Natural; pelo contrário, é necessária à vida humana por questões de interesse pessoal, de ordem econômica e de paz política. Assim, é permitido e, muito mais do que isso, é necessário que o homem possua suas próprias coisas²⁸¹.

Todavia o domínio humano é sempre limitado e derivado – pois o domínio supremo pertence a Deus²⁸² – e consiste no direito de usar as coisas exteriores para si e para os outros. Partindo da superioridade ontológica da sociedade sobre o indivíduo²⁸³, esse autor sustenta a existência de um dever moral de utilizar a propriedade em favor de todos, propondo uma distinção entre apropriação e gestão das coisas: a apropriação se dá como se as coisas fossem próprias; sua utilização deve ser feita como se as coisas fossem comuns.

Em outras palavras, é lícito que as coisas sejam próprias, mas a gestão deve ser destinada ao bem comum, o que traz em si a ideia de função social. Maurício Mota²⁸⁴ aduz que, em São Tomás, o germe da noção de função social da propriedade está na gestão das coisas, esclarecendo ainda que “a legitimidade da propriedade se funda a partir da distinção entre o “poder” (*potestas*) de gerir as coisas e delas dispor e o dever moral de utilizá-las (*usus*) em proveito de todos”²⁸⁵, o que forma uma espécie de dupla instância do mesmo direito-dever.

São Tomás diferencia a obrigação de dar esmolas da obrigação de dar uma função social à propriedade: “a função social da propriedade se realiza não apenas com as doações gratuitas aos necessitados, mas também por instrumentos destinados ao bem comum (jurídicos e sociais)”²⁸⁶. Para ele, a consideração do homem como um mero administrador de seus bens permite compatibilizar a apropriação individual com o direito primário de cada um

²⁸¹ Cf. MOTA, Maurício. Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino. *Revista Aquinate*, n. 9, p. 109, 2009.

²⁸² TOMMASO, D’Aquino (San). *La Somma Teologica*. II-III, q. 66, a.1, r. Bologna: Studio Domenicano, 1996. p. 6.

²⁸³ “A sociedade desfruta, pois, de uma superioridade ontológica sobre o indivíduo. É graças a ela, com efeito, que o homem pode conservar-se, e expandir as fontes de sua natureza; o homem necessita do concurso da sociedade para ser plenamente homem. É graças a ela ainda que o homem pode desenvolver suas qualidades especiais e individuais como artesão, patrão, magistrado, homem político. Em uma palavra, a sociedade, na sua complexidade, realiza a perfeição máxima da espécie. Ela tem, pois, valor em si e por si” (TOMMASO, D’Aquino (San). *La Somma Teologica*. I-II, q. 50, a.4, r. Bologna: Studio Domenicano, 1996. p. 6).

²⁸⁴ Cf. MOTA, loc. cit.

²⁸⁵ Cf. MOTA, Maurício. Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino. *Revista Aquinate*, n. 9, p. 109, 2009.

²⁸⁶ Cf. NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà* (crisi o evoluzione del diritto di proprietà?). 4. ed. Bologna: Forni, 1970. p. 153.

sobre os bens exteriores²⁸⁷, além de impor ao proprietário uma responsabilidade moral que decorre da justiça.

Vistas as principais tendências proprietárias da Idade Média, no próximo capítulo analisar-se-á a *configuração* da propriedade moderna e as mudanças por ela sofridas. Se, na Alta Idade Média, o regime proprietário derivou do confronto entre as culturas romana e germânica, na Baixa Idade Média, com o surgimento de uma nova classe social, o estudo da propriedade se alarga e reflete o confronto entre a grande propriedade de terra e a pequena propriedade de bens móveis. O embate que vai mover os próximos séculos trará novos contornos ao direito de propriedade, que sairá de um âmbito objetivo para a esfera subjetiva.

2 METAMORFOSES DO DIREITO DE PROPRIEDADE: DE *IUS A MÚNUS*

No presente capítulo, tratar-se-á das modificações ocorridas no modelo de propriedade pautado no direito subjetivo, que teriam alterado seu conteúdo e também sua estrutura interna mediante a imposição de deveres ao proprietário. Segundo esta concepção, o titular do direito subjetivo ter-se-ia tornado uma espécie de “*funcionário*”, a quem competiria satisfazer outros interesses que gravitam em torno do seu núcleo de interesse, de modo a assegurar o cumprimento da função social da propriedade. Tais modificações teriam transformado o

²⁸⁷ Leão XIII, em 1891, em sua *Encíclica Rerum Novarum*, apresenta o mesmo pensamento que tem fundamento na obra de São Tomás: “E não se apele para a providência do Estado, porque o Estado é posterior ao homem, e antes que ele pudesse formar-se, já o homem tinha recebido da natureza o direito de viver e proteger a sua existência. Não se oponha também a legitimidade da propriedade particular o fato de que Deus concedeu a terra a todo o gênero humano para a gozar, porque Deus não a concedeu aos homens para que a dominassem confusamente todos juntos. Tal não é o sentido dessa verdade. Ela significa, unicamente, que Deus não assinou uma parte a nenhum homem em particular, mas quis deixar a limitação das propriedades à indústria humana e às instituições dos povos. Aliás, posto que dividida em propriedades particulares, a terra não deixa de servir à utilidade comum de todos, atendendo a que não há ninguém entre os mortais que não se alimente do produto dos campos. Quem os não tem, supre-os pelo trabalho, de maneira que se pode afirmar, com toda a verdade, que o trabalho é o meio universal de prover às necessidades da vida, quer ele se exerça num terreno próprio, quer em alguma parte lucrativa, cuja remuneração sai apenas dos produtos múltiplos da terra, com os quais ela se comuta. De tudo isso resulta, mais uma vez, que a propriedade particular é plenamente conforme à natureza. A terra, sem dúvida, fornece ao homem com abundância as coisas necessárias para a conservação da sua vida e ainda para o seu aperfeiçoamento, mas não as poderia fornecer sem a cultura e sem os cuidados do homem. Ora, que faz o homem, consumindo os recursos do seu espírito e as forças do seu corpo em procurar esses bens da natureza? Aplica, para assim dizer, a si mesmo a porção da natureza corpórea que cultiva e deixa nela como que um certo cunho da sua pessoa, a ponto que, com toda a justiça, esse bem será possuído de futuro como seu, e não será lícito a ninguém violar o seu direito de qualquer forma que seja”. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 25 jul. 2015.

direito subjetivo em um verdadeiro *múnus* público em decorrência do necessário cumprimento da sua função social, imposta como consequência do individualismo excessivo.

2.1 Propriedade moderna como modelo subjetivo

Como visto no item anterior, a obra de São Tomás de Aquino, apesar de ser fundamental para a compreensão da propriedade na Idade Média, não a considerava como tema central, tratando-a como questão marginal em meio a tantos outros temas de ordem teológica. No século XVI, os teólogos da Segunda Escolástica (Francisco de Vitória, Domingo de Soto, Luís de Molina, Francisco Suárez), sem romper com os ideais tomistas, procuraram atualizá-los ao novo contexto social trazido pelo surgimento do Humanismo e da Reforma Protestante²⁸⁸. Para tanto, atribuem papel central ao argumento proprietário.

O Humanismo, colocando o homem no centro de todas as coisas, trouxe um novo significado para a propriedade, que se desloca de um patamar objetivo (presente até então, muito mais focado na coisa e nas utilidades por ela produzidas) para um momento subjetivo, no qual a vontade humana passa a ocupar o centro das atenções. A Reforma Protestante, ao propugnar um contato mais direto do homem com Deus, sem intermediários, propõe certa autonomia existencial e maiores perspectivas de liberdade. Trata-se de colocar o foco na criatura e não mais no Criador: o homem, reconhecido como criatura de Deus, dotada de razão e liberdade, passa a ocupar posição de destaque, de dominação em relação a todo o universo criado, posição até então impensada.

O *dominium* passa a ser compreendido como a afirmação do indivíduo no tempo, possibilidade que permite a expansão do homem sobre o território das coisas. Neste particular, apresentam grande importância os antecedentes do voluntarismo franciscano, que contribuíram decisivamente para o desenvolvimento da ideia de poder derivado do homem sobre todo o universo, poder derivado do *Dominus Supremus*. O terreno para o voluntarismo foi preparado algum tempo antes, na querela acerca da pobreza, instaurada entre o franciscano Guilherme D'Ockam e o Papa João XXII. Os franciscanos, tendo por base a pobreza evangélica de Jesus Cristo, repudiavam a propriedade privada, fosse individual ou comum, diversamente das outras ordens, em que os membros apenas renunciavam à propriedade

²⁸⁸ Cf. PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà. Storia come evoluzione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p.122-123.

individual. Assim, em caso de doação, consideravam que os bens pertenciam à própria Igreja, detendo a ordem apenas o uso de fato dos mesmos.

Entre 1322 e 1324, o Papa, em meio à controvérsia, publica as bulas *Ad conditorem canonum*, *Cum inter nonnullos* e *Quia vir reprobus*, nas quais defende a propriedade privada da Ordem franciscana e refuta a ideia de um uso de fato dos bens, pois a possibilidade de usar dependeria sempre de um direito²⁸⁹. Em 1329, edita nova bula, a *Quia vir reprobus*. Os documentos provocam uma reação forte dos franciscanos, por representarem uma intervenção no modo como vivenciavam os seus votos de pobreza. Como réplica às críticas de João XXII, Ockham escreve a *Opus nonaginta dierum* e traz uma oposição entre uso de direito e uso de fato, sustentando que este último independe do primeiro. Entende que a permissão de uso não implica necessariamente na atribuição de um direito; nos casos em que tal permissão pode ser revogada pelo direito do foro (*ius fori*), há apenas um “direito do céu” (*ius poli*), mas não um direito válido.

Cabe ressaltar que a polêmica eclesiástica sobre o direito de propriedade revela o conflito acerca de uma questão importante presente na filosofia medieval, que traz duas categorias que procuram explicar a compreensão do mundo: os indivíduos e os universais. São considerados indivíduos os objetos que se apresentam aos sentidos; os universais são os conceitos (ou as palavras) que definem estes mesmos objetos. O principal problema da filosofia medieval é precisar a natureza dos universais e definir se estes existem objetivamente ou não.

Polarizam-se duas correntes que se alternam de modo pendular: o realismo e o nominalismo. O realismo extremo afirma que os universais são coisas que estão presentes em todos os indivíduos, logo, haveria uma única categoria que é homem, e os homens diferem entre si apenas por questões acidentais. Essa visão era inaceitável pela Igreja Católica porque se aproximava do panteísmo, uma filosofia que afirma que Deus é imanente ao mundo material e com ele se confunde. O nominalismo, que nega os universais, afirma que só os indivíduos existem por si mesmos, assim, não existe nada na natureza de universal, tudo é criação da mente humana.

Guilherme D’Ockham nega os universais e os transpõe da realidade objetiva para o interior do homem, o que abre espaço para a centralidade do homem, que deixa de ser visto como um ser a mais que está no mundo e passa a ser aquele que representa mentalmente os

²⁸⁹ CF. VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 267; BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 95-101.

demais seres e lhes dá uma forma, um estatuto da realidade que estes não possuem²⁹⁰. Tal tese, apesar de surgida no bojo da Igreja Católica, é frontalmente incompatível com os seus ensinamentos, vindo a gerar a forte reação do Papa contra Ockham, que culminou na sua excomunhão. Ao negar a propriedade privada, Ockham afirmava que a propriedade de fato não existia.

É importante notar que São Tomás de Aquino responde à questão dos universais com um realismo moderado, reconhecendo que o indivíduo é a primeira realidade que existe e que os universais, apesar de serem produtos do espírito, encontram a sua fundamentação na realidade. Esse era o pano de fundo das encíclicas do Papa, que procuravam defender a doutrina católica e as teses tomistas sobre a propriedade. Por outro lado, reconhecendo que não há nada de universal na realidade objetiva das coisas, e considerando que os universais não existem senão na mente humana, o nominalismo rompe com a cosmovisão greco-medieval, cindindo pensamento e realidade. Tal raciocínio, por paradoxal que possa parecer, culmina na exclusão de Deus da filosofia e vai criar as bases para todo o pensamento moderno²⁹¹.

Para Michel Villey²⁹², no nominalismo de Guilherme D'Ockham está a gênese do direito subjetivo e seu pensamento representa para o Direito uma verdadeira revolução copernicana, uma ruptura com a forma pela qual os juristas medievais encaravam o direito de propriedade. Negando os universais, a centralidade das coisas, que antes existiam por si mesmas, passa ao homem, que, em certa medida, seria o seu idealizador através de suas próprias representações mentais. Paolo Grossi defende que o pensamento franciscano promoveu uma ruptura com a concepção medieval da propriedade, contudo não atribui diretamente a mudança à obra de Ockham, como faz Villey, mas aos franciscanos que o antecederam, como São Boaventura, Bonagratia de Bergamo e, sobretudo, a Pedro Olivi²⁹³. Para o historiador italiano, o fracionamento medieval da propriedade significa o abandono da propriedade-pertença e a subordinação da propriedade a fenômenos externos à realidade

²⁹⁰ Cf. BONALDO, Frederico. *Consistência teórica do direito subjetivo de propriedade*. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio Janeiro, Rio de Janeiro, 2003. p. 100.

²⁹¹ Aponta Julian Marias que, inicialmente, o Cristianismo promove a cisão do homem com o mundo e que agora o homem fica sem Deus, então, ao longo dos séculos de modernidade, o homem vai pedir, antes de mais nada, segurança à filosofia, inaugurando-se a era da subjetividade. (MARÍAS, Julián. *Historia de la filosofía*. Octava edición. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1956. nota 90. p. 177. Apud. BONALDO, Frederico. *Consistência teórica do direito subjetivo de propriedade*. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio Janeiro, Rio de Janeiro, 2003. p. 96.

²⁹² VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 267.

²⁹³ GROSSI, Paolo. *Il dominio e le cose: percezioni medievale e moderne dei diritti reali*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 281-284.

objetiva das coisas, em uma tese que se aproximaria mais do realismo e do reicentrismo jurídico, tornando a coisa protagonista do sistema jurídico²⁹⁴.

De fato, a querela da pobreza inaugura a *via modernorum*, isto é, o perfil particular dos filósofos modernos, oposto ao da filosofia clássica greco-medieval, lançando as balizas da concepção técnica moderna do direito de propriedade²⁹⁵. Já no século XVI, a Segunda Escolástica promove a conjugação do Direito Natural romano com a visão religiosa medieval, segundo a qual Deus seria o *Dominus* de tudo o que foi criado, o *Dominus supremus*. Dessa reconstrução da Segunda Escolástica são afirmadas as bases que serão recepcionadas pelos teóricos do jusnaturalismo.

O domínio humano continua a ser pensado como emanção do domínio divino –como na escola franciscana, que ensinava que o domínio sobre as coisas nada mais era do que a expressão exterior do domínio sobre si mesmo – e se caracteriza pelo absolutismo, do mesmo modo que a propriedade divina, da qual é derivada. Pelo Direito Natural, o homem é o *dominus* de tudo o que Deus criou para ele e a propriedade passa a ser colocada como o *locus*, por excelência, para a realização da sua individualidade. Atestada a superioridade do homem e o seu poder sobre a coisa, este pode atuar conforme a sua vontade e fazer o que desejar com ela (*quidquid vellet*), tendo como única limitação à sua atuação o dever de não gerar danos a terceiros, *neminem laedere*.

Até a Baixa Idade Média, a questão proprietária estava diretamente ligada à terra e à agricultura de subsistência, o mesmo acontecendo com as questões ambientais, essencialmente relativas ao cultivo de terrenos e aos recursos naturais. Na Alta Idade Média, surgem os primeiros vestígios de urbanização e de uma agricultura comercial, além de novas atividades de manufatura, o que propicia o contexto necessário para o surgimento das ligas comerciantes (os burgueses). Com a posterior consolidação dos Estados Nacionais, a autoridade estatal assume o papel anteriormente desempenhado pelos senhores feudais.

Dentro do novo contexto social, os direitos anteriormente conferidos aos proprietários de terras passam a ser considerados privilégios injustificáveis, o que gera a progressiva abolição dos privilégios feudais e a ruptura da relação pessoal que existia entre o suserano e seus vassalos, a qual foi substituída pelo elemento econômico, que encontra a sua expressão no contrato de prestação de serviços e de locação. Com isso, o domínio sobre as terras se transforma em latifúndio e as relações pessoais entre senhor feudal e seus vassalos,

²⁹⁴ GROSSI, Paolo. *L'inaugurazione della proprietà moderna*. Napoli: Guida Editori, 1980. p. 20.

²⁹⁵ Cf. BONALDO, Frederico. *Consistência teórica do direito subjetivo de propriedade*. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio Janeiro, Rio de Janeiro, 2003. p. 96.

progressivamente, vão sendo substituídas por contratos de serviços e de locação, definidos por uma lógica mais econômica e impessoal.

Na Idade Moderna, o fator determinante economicamente se desloca da agricultura para a indústria, e os novos meios de produção repercutem na relação do homem com a natureza. No século XVI, o processo de acumulação de capital se inicia sob os auspícios da tarda escolástica, que pensa a propriedade no âmbito de uma função essencialmente individual, como uma posição do indivíduo, através da qual este tende a realizar a sua liberdade. Dois fatores contribuem para a difusão de uma nova economia: a descoberta da América e o Protestantismo²⁹⁶. As expedições marítimas realizadas ao novo continente promovem o incremento do comércio e geram o grande aumento da circulação de metais preciosos. A monetarização da economia é favorecida também pela ética protestante, em especial pela doutrina calvinista, que defende a tese de que o progresso material é sinal da benção de Deus, diversamente da ética católica.

A compreensão do processo de legitimação de acumulação do capital é fundamental para a formação do sistema econômico na sociedade moderna porque através dele ocorre o nascimento de uma economia de mercado, marcada pela mobilização de capitais, onde as mercadorias passam a constituir valores dignos de circulação. Isto impacta a relação do homem com a terra, que apenas indiretamente passa a ser a sua fonte de subsistência.

As primeiras manifestações do fenômeno ocorreram inicialmente na Inglaterra, que desponta como potência marítima e colonial, o que propicia o arcabouço favorável para o desenvolvimento da indústria e do comércio. No século XVII, considerado um século de transição, o novo sistema econômico vai se afirmando e provoca uma grande transformação social, que repercute na propriedade da terra. Tradicionalmente, a agricultura era promovida nas terras comunais, que se inseriam numa tradição de propriedade coletiva medieval, na qual as terras eram cultivadas no sistema de “*openfield*” (campos abertos). O aumento da população, provocado pela melhoria das condições de vida, repercute na propriedade fundiária e gera a necessidade de maior produtividade agrícola, bem como de pastos para a produção de lã, base da manufatura têxtil nascente.

O Parlamento inglês, a partir de 1727, promove uma série de medidas, os *Enclosure Acts* (Leis de Cercamentos), que impõem o cercamento dos lotes comunais pelos senhores

²⁹⁶ NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà*. (Crisi o evoluzione del diritto di proprietà?) 4. ed. Bologna: Forni Editore, 1970. p. 173.

locais²⁹⁷. Através destas medidas, as terras que eram comuns aos senhores e servos, estruturadas sob a construção jurídica do desmembramento do domínio, são transformadas em propriedade privada dos senhores feudais. A chamada Revolução Agrária (1727 a 1787) marca a transição definitiva do sistema feudal para o capitalista e se desenvolve em concomitância com a Revolução Industrial no país, criando as bases do capitalismo agrário. A terra passa a ser vista como uma mercadoria livremente negociável e não mais terra como um elemento de identificação e fixação do homem em um determinado local.

Os camponeses, diante da inviabilidade de cultivo de suas terras em suas pequenas propriedades rurais, migram para as grandes cidades em busca de empregos e melhores condições de vida. Estas passam a ser cultivadas pelos antigos senhores, que as usam para criar ovelhas, com o objetivo de produzir lã destinada às manufaturas têxteis, e produtos agrícolas para o mercado, tais como batatas e beterrabas. Surge um elemento novo: a produtividade da terra. As novas técnicas de rotação de culturas e a introdução de novos maquinários são destinadas a aumentar a produtividade e tornam a terra uma mercadoria, o que propicia o surgimento de uma nova classe de investidores que acaba por comprar as pequenas propriedades rurais.

No que toca à relação do homem com o meio ambiente, a afirmação de que a terra deixa de ser utilizada para a subsistência e passa a ser destinada a produzir gêneros agrícolas para o comércio promove a introdução de novas técnicas destinadas a gerar maior produtividade do solo. Introduce-se a rotação de culturas sem pausa para o descanso da terra e, com o intuito de ampliar ainda mais as terras cultiváveis, são desenvolvidas novas técnicas de produção, que permitem a drenagem de solos pantanosos e o abatimento de florestas. O desenvolvimento científico favorece a seleção e o cruzamento de novas espécies, o que otimiza a produção. A máquina a vapor é o símbolo das mudanças que começam a ocorrer na relação do homem com o seu meio por conta da Revolução Industrial: com as novas técnicas de produção, o homem passa a intervir na natureza como em nenhum outro momento histórico, trazendo riscos antes inexistentes.

A Reforma Agrária e a Revolução Industrial se consolidam inicialmente na Inglaterra por conta das particulares condições do país, no qual a burguesia conseguiu se tornar suficientemente forte para fazer frente aos interesses da nobreza já consolidada sem a ajuda do povo. Situação diversa ocorreu nos demais países da Europa. Enquanto na França o objetivo principal era a abolição dos privilégios da nobreza; na Inglaterra, a nobreza e a

²⁹⁷ RITTSTIEG, Helmut. *La proprietà privata come problema fondamentale*. Studio sull'evoluzione del diritto mercantile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. p. 37-38.

burguesia estavam, num primeiro momento, em oposição à Coroa britânica. Além disto, no contexto inglês, diferentemente da Europa continental, houve pouca penetração do Direito Romano, mantendo-se as estruturas do Direito Medieval, com algumas modificações, o que gerou um intrincado sistema de propriedade da terra, ainda marcado por grandes privilégios que remontavam à Idade Média.

No século XVII, travam-se grandes lutas políticas que têm como pano de fundo a questão proprietária, num processo que culmina com a eliminação de qualquer ônus social da propriedade, prevalecendo a concepção moderna, que a vê como um direito a exercer, de acordo com a sua livre vontade, em detrimento do pensamento do bem comum medieval²⁹⁸. As lutas constitucionais ocorridas tinham como objetivo a liberação dos privilégios e o ônus que gravavam a propriedade; e foram embasadas em importantes construções do pensamento político inglês, que fundamentam a moderna teoria liberal-democrática.

Em tal contexto, foram formadas as bases do individualismo possessivo²⁹⁹, doutrina que coloca o indivíduo no centro da sociedade, na qualidade de sujeito proprietário. Destacam-se pensadores como Hobbes e Locke, este último especialmente importante para o tema em estudo, para quem o direito natural à propriedade é a razão pela qual os homens se organizam politicamente. A relação de propriedade torna-se a relação mais importante para a sociedade, a começar pelo fato de que todos os indivíduos são concebidos como proprietários de si mesmos e de seus próprios corpos.

Macpherson entende que a moderna concepção da propriedade teve origem no discurso político antes de se tornar uma realidade econômica efetiva. Para ele, os conceitos básicos da sociedade política foram forjados por este conceito de propriedade: aquela passa a ser imaginada como local por excelência para a realização dessas relações de troca entre proprietários, indivíduos livres e iguais, e a liberdade se fundamenta na possibilidade de estabelecer livremente contratos. Pocock³⁰⁰, contrapondo-se a tal visão, defende que o verdadeiro conflito que se instala na Inglaterra do século XVII se coloca entre a propriedade imobiliária e a mobiliária e sustenta que a visão individualista existe desde a origem do Direito Civil romano, não sendo característica deste período histórico.

²⁹⁸ RITTSTIEG, Helmut. *La proprietà privata come problema fondamentale*. Studio sull'evoluzione del diritto mercantile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. p. 36.

²⁹⁹ MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes a Locke*. Tradução de Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. p.13.

³⁰⁰ POCOCK, J. G. A. Authority and Property: The question of liberal origins. In: *Virtue, Commerce and History*. p. 62-63. Apud BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 255-263.

Na França, o movimento de liberação dos ônus da terra encontra o seu eco no século XVIII e alcança o seu cume na Revolução Francesa. É importante analisar os antecedentes históricos da Revolução para que se possa compreender bem o seu significado, cujo conhecimento tem as chaves para a compreensão do novo conceito de propriedade que nasce. A emergente burguesia deseja a libertação da propriedade da terra e, para isso, tem que enfrentar um sistema tradicional forte. Investe então contra as estruturas tradicionais da sociedade, dentre elas a religião revelada e a sociedade eclesiástica, abrindo espaço para o deísmo (razão como única via para chegar a Deus, com rejeição da revelação e de qualquer religião organizada) e para a religião conforme a natureza.

Como forma de reação a tais estruturas, surgiram movimentos que propunham a natureza como modo de viver ou ideologia e a exaltação da vida no campo e do bucolismo; adicionalmente promove-se também um certo culto ao homem natural, conceito expresso na figura do bom selvagem de Rousseau³⁰¹. A liberação dos ônus da terra tem então início a partir do momento em que a autoridade estatal passa a assumir o papel anteriormente desempenhado pelos senhores feudais, e o domínio direto passa a ser considerado um privilégio injusto.

No período pretérito, encontrava fundamento nos deveres do feudatário, dentre eles, o de garantir a segurança e a organização política local, função que deixa de existir com a constituição de um Estado nacional. A liberação da terra principia pelo ataque à teoria do domínio dividido com o retorno à noção de exclusividade do *dominium* romano e a progressiva supressão do domínio direto. Partindo da premissa de que a verdadeira propriedade seria o domínio útil, são realizadas reformas com o objetivo de consolidá-la nas mãos do seu titular³⁰².

Uma longa evolução provocou a transferência da propriedade do concedente ao titular do domínio útil, com a progressiva substituição pela divisão entre *dominium* e *iura in re aliena*, os direitos reais menores. Inicialmente, o direito do cultivador passa a ser livremente alienável e as duas posições se equivalem, como na propriedade dividida; posteriormente, o enfoque econômico recai no enfiteuta, que passa a ser considerado o real proprietário, restando ao senhorio direto um direito real menor, o foro. Contudo uma incoerência a ser notada é que, apesar de o domínio útil ser reconhecido como a propriedade real e o senhor

³⁰¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Rolando Roque da Silva. Ed. Ridendo Castigat de Moraes. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2016.

³⁰² Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*. Reais. 5. ed. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 136-138.

feudal não ser mais considerado como proprietário, continua-se a reconhecer a ele um domínio direto, que agora resta desprovido de sentido.

Quando eclode a Revolução Francesa, tal transição já havia praticamente se consumado, porém, ao mesmo tempo em que a doutrina francesa³⁰³, influenciada pelo Direito Romano – que exigia a corporeidade e o contato físico com a coisa –, reconhecia o domínio útil como a real propriedade, o sistema de honrarias e privilégios aos senhores continuava a existir. Permanece o domínio direto destes como uma espécie de nua propriedade, desprovida de utilidade no novo contexto econômico. Os vínculos e os gravames continuavam, porém o significado econômico já tinha sido perdido.

A Revolução Francesa tem como objetivo libertar a propriedade dos vínculos anteriores, dos direitos feudais que não são completamente destruídos e que não faziam mais sentido dentro da estrutura econômica. Após um balanço de Estado, o governo de Luís XVI pretende alterar as bases fiscais e convoca os Estados Gerais que, face ao dissenso (a burguesia, componente do terceiro setor, se opõe à nobreza e ao clero reunidos), se transforma em Assembleia Constituinte, que posteriormente declara a supressão dos direitos feudais³⁰⁴. Na sequência, ocorre o cancelamento do senhorio direto e atribui-se ao enfiteuta o caráter exclusivo que, anteriormente, caracterizava o direito do concedente.

A Revolução procurar imprimir à propriedade um caráter abstrato e a Constituinte aprova a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento que consagra o jusnaturalismo de cunho racionalista e associa a propriedade à liberdade e à cidadania. O documento, inspirado nos pensamentos políticos de Montesquieu³⁰⁵ e Rousseau³⁰⁶, significa a vitória da concepção jusnaturalista da propriedade, segundo a qual, na natureza, existem apenas os indivíduos singularmente considerados, aos quais são conferidos direitos fundamentais de propriedade, liberdade e igualdade.

Tal concepção do direito de propriedade é inovadora por afirmar o seu caráter abstrato, ínsito na natureza do homem. Cada cidadão teria abstratamente esse direito a possuir bens,

³⁰³ Cf. POTHIER, Robert-Joseph. *Traite du Droit de Domaine de Propriété*. In: M. Dupin Ainé, *Oeuvres de R.-J. Pothier Contenant les Traités du Droit Français*, tomo 5^o., H. Tarlier, Bruxelas, 1931. p. 209.

³⁰⁴ É importante notar que, apesar da dita abolição, apenas alguns direitos foram suprimidos sem indenização, como as imunidades tributárias e *les corvées*; os direitos resgatáveis eram a grande maioria. (Cf. NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà* (crisi o evoluzione del diritto di proprietà?). 4. ed. Bologna: Forni, 1970. p. 190.

³⁰⁵ Com Montesquieu, ocorre o afastamento da propriedade do direito natural: a propriedade é instituída e protegida pelas leis civis e muda de acordo com as relações de governo. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Editora Abril, 1973. (Coleção Os Pensadores).

³⁰⁶ Em Rousseau está a inspiração para a ruptura com a ordem vigente: a natureza humana é essencialmente boa e a sociedade a torna ruim. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Rolando Roque da Silva. Ed. Ríndendo Castigat de Moraes. Disponível em:

<<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso: 29 ago. 2016.

bastando ser homem para possuir a sua titularidade. A noção vem expressa claramente no artigo 2º. da supracitada Declaração³⁰⁷: “O fim de toda a 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”. O individualismo é alçado à regra de conduta social e apenas encontra limites no *neminem laedere*, no dever de não causar danos aos outros³⁰⁸. Além disto, o documento reza que “a propriedade é considerada um direito inviolável e sagrado, de modo e ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização³⁰⁹”.

Apesar da enunciação da garantia da propriedade, os bens da Igreja Católica foram confiscados e declarados bens nacionais, passíveis de aquisição (uma forma de captar recursos para o Estado francês pois déficit financeiro estava prestes a gerar a sua bancarrota). Não sendo possível a sua venda imediata, foi estabelecido o parcelamento do valor da aquisição, que foi lastreado pela emissão de moeda, conversível em bens nacionais; tais bens foram adquiridos em sua grande maioria pela burguesia emergente e, em menor número, pelos camponeses. Assim, a pequena propriedade camponesa se consolida não apenas pela compra dos bens nacionais, mas em especial pelo Direito sucessório estabelecido na Revolução, que prevê a divisão dos bens em partes iguais aos herdeiros³¹⁰.

Uma observação importante diz respeito às tendências antagônicas existentes dentro do próprio movimento revolucionário, que denota um grande contraste entre o feudalismo e as novas instituições emergentes. Por tal motivo, Tocqueville afirma que o feudalismo continuou a ser a maior das instituições civis francesas, mesmo depois de deixar de ser uma instituição política com a Revolução³¹¹. As tensões entre a abolição dos direitos feudais e o caráter conservador da legislação posterior (1790 e 1791), relativa à sua remissão, vão estar na base

³⁰⁷Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso: 16 mar. 2016

³⁰⁸ Cf. o artigo 4º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

³⁰⁹ Cf. Art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso: 16 mar. 2016.

³¹⁰ Tocqueville entende que a divisão da propriedade rural não foi fruto da Revolução Francesa, tratando-se de um fato mais antigo do que ela. Aponta a excessiva divisão das heranças como fator promotor do excessivo parcelamento da terra. Aduz, ainda, que a revolução vendeu as terras do clero e grande parte daquelas dos nobres, mas que estas foram de fato adquiridas por quem já possuía terras. A propriedade mudou de mãos, mas o número de proprietários aumentou muito menos do que se pensa (TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015. p. 37).

³¹¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015. p. 42.

das evoluções posteriores da Revolução Francesa e expressam as divisões anteriormente existentes na sociedade. Aponta Caenegem que, até o fim do Antigo Regime, a França estava dividida entre o norte e o sul: o norte adotava o Direito Germânico e feudal, transmitidos oralmente; no sul, vigorava o Direito escrito de base romana³¹².

Expoente dessas diversas tendências antagônicas ocorre nos debates realizados na Constituinte, que culmina com a aprovação da Constituição de 1791, que, contrariando a igualdade abstrata prevista no artigo 6º. da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão³¹³, diferencia os cidadãos ativos – os que pagam impostos diretos equivalentes ao menos a três jornadas de trabalho – dos passivos, e atribui o direito ao voto somente aos primeiros, consagrando o sufrágio restrito. Há forte oposição de Robespierre ao Direito sucessório e à propriedade privada, vindo este a propor a supressão da sucessão entre os privados e a reversão dos bens deixados ao Estado.

Na Convenção de 24 de abril de 1793, houve um violento discurso contra a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no qual Robespierre opôs-se frontalmente à concepção da propriedade como um direito fundamental, por entender que tal direito é limitado pela obrigação de respeitar os direitos alheios. A propriedade seria uma instituição social, concebida em função de direitos fundamentais. Imbuído de tais ideias, propõe um novo projeto de Constituição, que deveria englobar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Tal projeto é submetido a *referendum* popular e aprovado em 24 de junho de 1793, mas é posteriormente suspenso até a conclusão da paz.

O citado projeto trazia uma concepção diametralmente oposta à Constituição anterior e à Declaração de Direitos do Homem. O artigo 1º. determinava que o objetivo da associação política era garantir os direitos naturais, dentre os quais os principais seriam o de existência e a liberdade (art. 2º.)³¹⁴. O art. 7º., por seu turno, previa o direito de propriedade como um direito limitado pela obrigação de respeitar os direitos alheios. Para Robespierre, a propriedade apenas poderia ser considerada um direito natural, à medida que assegurasse outros direitos naturais que são indispensáveis à vida do cidadão, concepções que se podem

³¹² VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. Rev. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 102.

³¹³ Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2016.

³¹⁴ Cf. PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà*. Lecce: Pensa MultiMedia, 2004. p. 144.

notar no art. 11 do referido projeto³¹⁵: “Os socorros indispensáveis aqueles que não possuem o necessário são um débito ou dívida de quem possui o supérfluo. Compete à lei determinar o meio pelo qual este débito deva ser satisfeito”.

Considera-se uma obrigação da sociedade dar trabalho a todos ou prover meios de subsistência a quem não pode trabalhar (art. 10). Quem não possui meios teria o direito de reivindicá-los daqueles que os têm, isto é, dos proprietários. A propriedade seria o “o direito que cada cidadão tem de gozar e dispor da porção dos bens que lhe é garantida de pela lei” (art. 6^o). Igual caminho é percorrido por François Babeuf que, inspirado nas ideias de Rousseau e de Mably, propõe uma lei agrária (1791) que determina a divisão da terra conforme as necessidades de cada um³¹⁶.

Posteriormente, Babeuf, numa segunda fase do seu pensamento (1795), sustenta que a lei agrária não é suficiente e funda a Conspiração dos Iguais (*Club del Panthéon*), um movimento igualitário que propunha comunidade de bens e do trabalho, extinto pelo Diretório. O insucesso de Robespierre e, após a sua morte, de François Babeuf³¹⁷, precursor da doutrina comunista, importa na prevalência da concepção burguesa da propriedade, consagrada no Código Napoleão.

Contudo vale dizer que nem mesmo a previsão da propriedade como direito fundamental na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão se deu sem acalorados debates e dissensos, o mesmo ocorrendo nos trabalhos da Comissão do Código Civil francês. A afirmação da propriedade como direito natural progressivamente vai perdendo o seu caráter revolucionário e se aproxima do pensamento mais conservador, num processo permeado por tendências contrastantes e grandes polémicas que revelam as divisões da sociedade francesa à época.

No que se refere ao projeto de Declaração, cumpre ressaltar que várias versões foram apresentadas e debatidas até que, finalmente, vencesse a conotação jusnaturalista da propriedade como um direito inviolável e sagrado. Na sessão de 04 de agosto, vários representantes da Assembleia propuseram que, juntamente com uma Declaração de Direitos, fosse também apresentada uma Declaração de Deveres, o que remonta a uma ideia inicial de atribuir à propriedade uma função social³¹⁸. A proposta, apoiada sobretudo pelo clero, em

³¹⁵ Ibidem. p. 145.

³¹⁶ Ibidem. p. 145.

³¹⁷ NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà* (crisi o evoluzione del diritto di proprietà?). 4. ed. Bologna: Forni, 1970. p. 201-203.

³¹⁸ RODOTÀ, Stefano. Poteri dei privati e disciplina della proprietà. Il diritto privato nella società moderna. Bologna, 1977, pp. 356-365. In: ALPA, Guido; FUSARO, Andrea. *Metamorfosi del diritto di proprietà*. Antezza: Matera, 2011. p. 167.

especial pelo Abade Gregório, foi rejeitada por apertada maioria (570 votos contra 433). Em 17 de agosto, surge uma nova versão, apresentada e sugerida por Mirabeau, e a propriedade é disciplinada sem o atributo da inviolabilidade³¹⁹.

Apesar do êxito da visão jusnaturalista na consolidação legal da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, várias tendências interpretativas continuaram a existir. Estas diversas inclinações manifestam-se também nos trabalhos preparatórios do Código Civil francês. Inicialmente, em 1793, logo após a revolução de Robespierre, em 09 de agosto do mesmo ano, Cambacérès apresenta um projeto de Código, destinado a inserir na vida civil dos franceses o ideário da nova Constituição, projeto chamado de “Código da Convenção”. O projeto não foi aprovado e o Comitê Legislativo foi encarregado de apresentar um novo projeto com caráter social, que foi apresentado, mas teve apreciação suspensa com a morte de Robespierre.

As primeiras tentativas de elaborar uma codificação couberam a Cambacérès que, no intervalo compreendido entre 1793 e 1796, apresentou três projetos diversos, cada qual com características distintas dos demais, tendo em comum o fato de que nenhum deles logrou aprovação. O primeiro deles, acima mencionado, tinha caráter mais jurídico que filosófico; o segundo, ao contrário, era menos teórico e mais geral; o terceiro era mais elaborado teoricamente, além de demonstrar uma certa atenuação de suas tendências originariamente jusnaturalistas³²⁰. O projeto definitivo que se converteu no Código Civil francês é fruto da era napoleônica.

A partir do golpe do 18 Brumário (9 de novembro de 1799), tem fim a Revolução Francesa e instaura-se o Consulado na França, sistema de governo do qual constavam três membros, dentre eles Napoleão Bonaparte como primeiro cônsul. Logo em seguida, foi instituída uma nova Constituição que outorgava amplos poderes a Napoleão, que instala uma comissão encarregada de elaborar o Projeto do Código Civil, composta por juristas de escol no cenário francês da época: Tronchet, presidente da *Cour de Cassation* e respeitado processualista; Portalis, membro do Tribunal de Presas, advogado e jurista renomado; Bigot de Préameneu, comissário do governo junto ao *Tribunal de Cassation*; e Maleville, juiz da *Cour de Cassation*.

³¹⁹ RODOTÀ, Stefano. Poteri dei privati e disciplina della proprietà. Il diritto privato nella società moderna. Bologna, 1977. p. 356-365. In: ALPA, Guido; FUSARO, Andrea. Ibidem. p. 167.

³²⁰ Discurso Preliminar del Código Civil Francés. Reseñas Bibliográficas. In: Derecho al Día. Año III, Edición 54. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/resenas-bibliografica/discurso-preliminar-del-codigo-civil-frances/+365>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

Em 05 meses de trabalho, o projeto foi impresso no dia 21 de janeiro de 1804 e submetido à discussão, tendo sofrido algumas modificações até se transformar no *Code Civil*, cuja versão final deriva deste primeiro projeto apresentado. Precedido de um discurso preliminar, o projeto traz a exposição de motivos dos membros da Comissão, na qual é apresentado um breve histórico sobre a ideia de codificação, com a advertência de que se deve buscar a moderação na tentativa de estabelecer um diploma legislativo, que não se deve ter a pretensão de abarcar todas as realidades. O texto traz ainda justificativas concernentes à estruturação escolhida pelos elaboradores, além dos princípios que fundamentaram a sua redação.

O projeto é redigido com base nas diretrizes apontadas por Napoleão, dentre elas a redação clara que o tornasse acessível a todos os cidadãos franceses, e é aprovado pela Comissão de Legislação do Conselho de Estado. Com Napoleão no poder, o ideário político muda e culmina na promulgação do *Code Napoléon* de 1804, que possui um tom nitidamente conservador, mantendo os direitos de família (livro I) e a salvaguarda da propriedade privada (livros II e III) como bases da organização social. As fontes usadas pelos elaboradores do Código Civil foram o Direito Comum francês do século XVIII e também as inovações trazidas pela Revolução Francesa, reunindo num único texto o antigo e o novo, numa tentativa de unificação da legislação, exigência já prevista na Constituição de 1791, nos seguintes termos: “deverá existir um Código de Direito Civil comum para todo o reino”³²¹.

O Direito Consuetudinário e o Direito Romano influenciaram a elaboração do projeto, bem como, em menor proporção, o Direito Canônico. Os elaboradores, em conformidade com o espírito iluminista priorizam as formulações consideradas condizentes com a “razão natural”. Como fontes doutrinárias, foram usadas como referências a sistematização de Domat³²², os comentários de Robert Joseph Pothier³²³ sobre os Direito Consuetudinário e Romano e a obra de François Bourjon³²⁴ sobre o Direito comum francês. Para compreender os valores por ele consagrados, é importante fazer menção ao discurso preliminar feito por

³²¹ Cf. CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. Rev. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 9-10.

³²² Domat era autor da obra *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, uma tentativa de dispor os princípios do Direito Romano (que, em sua opinião, constituíam princípios básicos universais) numa ordem racional e de acordo com um sistema criado por ele próprio, visando também assegurar a sua coerência com as normas da moralidade crista. (CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. Rev. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 8.).

³²³ Magistrado e professor, autor das obras “*Costumes des duché, bailliage e prevosté d’Orléans*” e “*Pandectae justinianianae in novam ordinem digestae*” e de inúmeros outros escritos sobre Direito Civil.

³²⁴ François Bourjon, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris, réduits en principes* [...]. Paris : chez Grangé, 1747.

Portalís (20 de janeiro de 1801), na qualidade de conselheiro de Estado e orador do governo³²⁵.

O referido jurista, de orientação conservadora³²⁶, salienta que nenhum diploma legislativo deve ter a pretensão de disciplinar toda a realidade existente, porém defende os benefícios da codificação, ao ressaltar que “boas leis são o mais precioso bem que os homens podem dar e receber, as fontes dos costumes e o palladium da propriedade e a garantia da paz pública e privada³²⁷”. Admirador profundo do general Napoleão, a quem chama de herói pacificador da pátria, condena o espírito revolucionário, que define como “o desejo exaltado de sacrificar violentamente todos os direitos por causa de um fim político e de não admitir mais razão do que um interesse do Estado, misterioso e mutável”³²⁸.

Na sessão de 17.01.1804, defende a propriedade diante do corpo legislativo nacional, excogitando expressamente qualquer concepção comunista, nos seguintes termos:

[...] desconfiamos de sistemas que pretendem que a terra seja propriedade comum de todos, por terem o pretexto de não respeitarem o direito de ninguém. Se olharmos para a origem das nações, ficaremos convencidos de que existem proprietários desde que existem homens [...]. Em todos os tempos e lugares existem traços, rastros do direito de propriedade do direito individual de propriedade. O exercício de tal direito, tal como o exercício de todos os outros direitos naturais foi aperfeiçoado pela razão, pela experiência e pelas nossas descobertas em geral³²⁹.

Salienta ainda o caráter natural do referido direito, ao aduzir que “o princípio do direito de propriedade está em nós; ele não é resultante de uma convenção humana ou de uma lei positiva; ele está na constituição mesma do nosso ser e nas diferentes relações com os

³²⁵ Discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil Jean-Étienne-Marie Portalís. Traducción de Adela Mora. Universidad Carlos III de Madrid, 2014. Disponível em: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/id/90883/discurso_portalis_hd31_2014.pdf>. Acesso: 22 mar. 2016.

³²⁶ A título ilustrativo, note-se, em 1º de maio de 1801, em seu “*Discours sur le Concordat*”, celebrada entre Napoleão e a Igreja Católica, Portalís reafirma o seu pensamento conversador. O texto enfatiza o papel da religião em todas as sociedades civilizadas e critica as propostas de Robespierre, a quem atribui “o desejo de sacrificar todos os direitos com um objetivo político de romper completamente com o passado, de simplificar tudo e depor o código nas mãos de cada cidadão”. (PORTALIS, Jean Etienne Marie. *Discours, rapports et travaux inédits sur le concordat de 1801*. Paris: Joubert, Librairie de la Cour de Cassation, 1845. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=NY5dAAAACAAJ&pg=PR43&lpg=PR43&dq=discours+sur+le+concordat&source=bl&ots=dKa7VW4fR3&sig=1kSJKUFSr6JW6m6xcaYkIFgpi4&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwj1mcK5qOfOAhXHPpAKHWdKA-AQ6AEIPjAF#v=onepage&q=discours%20sur%20le%20concordat&f=false>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

³²⁷ Cf. CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. Rev. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 11.

³²⁸ Ibidem, p. 10.

³²⁹ PORTALIS, Jean-Etienne-Marie. Barone di Locré. *Legislazione civile commerciale e criminale, ossia commentario e pimpimento dei codici francesi, traduzione italiana a cura di G. Cioffi*, v. IV, Napoli. 1841. p. 106-111. Apud ALPA, Guido; FUSARO, Andrea. *Le metamorfosi del diritto di proprietà*. Matera: Antezza, 2011. p. 174-175.

objetos que nos cercam³³⁰.” O direito de propriedade teria caráter jusnaturalista e seria ínsito à natureza do homem; e o *Code* seria o modo de reconhecê-lo a todos os cidadãos, o que é feito mediante a afirmação do caráter individualista do domínio. Tal ideário se expressa na redação final do artigo 544 do *Code*: “a propriedade é o direito de usar e dispor da coisa do modo mais absoluto, desde que não se faça um uso proibido pela lei ou pelos regulamentos”³³¹.

O Código Civil francês prevê um poder absoluto ao *dominus* sobre a coisa e limita a intervenção do Estado, que deve garantir a liberdades dos particulares a agir tão somente em questões relativas à segurança pública, higiene e poder de polícia. Salienta Ludovico Barassi³³² que a associação entre propriedade e liberdade está presente do Direito Civil desde Bártolo, e esta influência sobre Pothier, repercute no Código Napoleão, que consagra também a corporeidade da propriedade romanista. Apesar do qualificativo “*absoluto*”, usado para qualificar o modo de exercício das faculdades inerentes ao domínio, são previstas intervenções em prol do interesse público, que devem ser pontuais e motivadas, a fim de que o Estado não aniquile a liberdade individual e concilie as várias esferas de autonomia.

Pode-se afirmar que a Modernidade traz a noção de individualismo e a sua expressão na neutralidade do sujeito jurídico. Diversamente do que ocorria na Idade Média, o jusnaturalismo racionalista coloca a razão como único fundamento para a busca e a valoração da verdade, que passa a ser afastada das noções de Deus e de transcendência. Por seu turno, o antropocentrismo é o ponto de partida para explicar a relação do homem com o meio natural: uma vez colocado no centro o sujeito racional, pode expandir a sua personalidade através da dominação da natureza. A título exemplificativo, cite-se a obra do Abade Pluche (1732), “*Le Spectacle della Nature*”, que obteve grande repercussão na França³³³. Trata-se da proposição de uma teologia física que pretende conciliar a religião com a razão e tem como objetivo demonstrar a presença de Deus a partir das criaturas.

A natureza é explicada a partir da contraposição entre o homem – centro da criação – e as demais criaturas criadas, como as plantas e os animais, que o foram para o benefício do

³³⁰ PORTALIS, Jean-Etienne-Marie. Barone di Locré. Legislazione civile comercial e criminale, ossia commentario e compimento dei codici francesi, traduzione italiana a cura di G. Cioffi, v. IV, Napoli. 1841. p. 106-111. Apud ALPA, Guido; FUSARO, Andrea. *Le metamorfosi del diritto di proprietà*. Matera: Antezza, 2011. p. 145.

³³¹ No original: “*La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière le plus absolue pourvu qu'on ne fasse un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

³³² BARASSI, Ludovico. *Proprietà e comproprietà*. Milano: Giuffrè, 1951. p. 15-16.

³³³ DELORT, Robert; WALTER, François. *Storia dell'ambiente europeo*. Bari: Dedalo, 2002. p. 91.

primeiro. No mesmo sentido, Locke³³⁴ sustenta que as utilidades das coisas da natureza foram concebidas para o homem e estão a serviço do bem comum. O homem, senhor de si mesmo, pode se tornar proprietário daquilo que constitui com o seu trabalho, sem que haja prejuízo aos demais, pois o trabalho agrega valor à terra e permite o desenvolvimento das potencialidades humanas.

Deste modo, cada um tem um direito ao uso máximo que puder fazer dos recursos naturais (limitação da suficiência), devendo evitar a sua deterioração inútil, sob pena de grave transgressão do Direito Natural comum³³⁵. A limitação da suficiência é um limite à apropriação individual que se refere às necessidades humanas e não à finitude ou escassez dos recursos naturais, visto que tais questões não apresentam grande relevância à época. Para o autor, o problema da limitação da apropriação que vai além das necessidades de consumo imediato não se coloca como uma questão ambiental e é devidamente superado com a criação do dinheiro, que torna possível a acumulação³³⁶.

Em síntese, um “Novo *Regime*” é inaugurado a partir do tratamento jurídico dispensado à propriedade, num movimento que vai das “propriedades à propriedade”: inicia-se com a abolição da teoria do domínio dividido, dominante na Idade Média, passando-se a uma concepção de propriedade unitária. O Antigo Regime trazia o modelo do pluralismo de interesses proprietários incidentes sobre o mesmo bem; a base da propriedade privada moderna funda-se na ideia de que um objeto deve pertencer a um indivíduo com a exclusão de todos os outros.

A atribuição a cada indivíduo de poderes sobre uma coisa, que fica sujeita aos seus interesses, torna possível a convivência social, de modo que o respeito a esses direitos individuais realiza o interesse coletivo, pois a soma dos interesses individualmente considerados seria suficiente para garantir a estabilidade e a coesão da sociedade. É sob esta perspectiva que a propriedade moderna é construída como “o direito de gozar e de dispor das coisas da forma mais absoluta, desde que delas não se faça utilização proibida pela lei ou pelos regulamentos”³³⁷.

³³⁴ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução de Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2014.

³³⁵ *Ibidem*. p. 50.

³³⁶ *Ibidem*. p. 55.

³³⁷ Artigo 504 do Código Civil francês: “La propriété est 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.” Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: 03 maio 2016.

2.2 Crítica ao individualismo: a função social da propriedade

Como visto, duas fortes tendências políticas e filosóficas se confrontaram durante toda a Revolução Francesa, podendo-se afirmar que o país estava internamente dividido. Com o Código Napoleão, as doutrinas individualistas saíram-se vitoriosas sobre as socialistas ou coletivistas. Todavia tais correntes contraditórias continuaram a existir mesmo no período pós-revolucionário e, por conta disso, a concepção individualista dos códigos oitocentistas foi fortemente atacada pelos precursores do nascente movimento socialista.

As ideias de Robespierre, para quem a propriedade deveria ser concreta, comunitária e social³³⁸, e, posteriormente, o materialismo de Babeuf³³⁹ lançaram a discussão sobre uma concepção coletivista do instituto e trouxeram as primeiras bases do comunismo moderno. No projeto de Constituição apresentado pelo primeiro, a propriedade não é prevista como um direito fundamental, ao contrário, é concebida em função dos direitos fundamentais de conservação da existência e da liberdade, nos seguintes termos: “a propriedade é o direito que cada cidadão tem de gozar e dispor da parte dos bens que lhe é garantida pela lei”. A definição demonstra que a propriedade só pode ser concebida como um direito natural enquanto garantir o indispensável à vida dos cidadãos, o que significa que o Estado pode recolher os bens e distribuí-los a quem não os têm e podem se tornar propriedade comum da sociedade.

Por seu turno, Babeuf, na “Conspiração dos Iguais”, último sopro da Revolução de 1789, que termina tragicamente apenas oito anos antes da promulgação do *Code*, trouxe críticas radicais à propriedade privada. O seu pensamento passa por duas fases diversas: na primeira, suas propostas têm caráter mais igualitário; na segunda fase, o igualitarismo evoluiu para uma defesa radical do comunismo, na qual se insurge violentamente contra a propriedade privada, propondo a sua supressão³⁴⁰. A moralidade comunista propõe uma ética que pretende substituir o papel anteriormente ocupado pela religião, tal como o racionalismo cartesiano que, propondo a razão como base de todas as coisas, transmuda a *lex aeterna* da inteligência divina para o intelecto humano, trazendo os alicerces para o individualismo jurídico, que

³³⁸ Cf. NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà*. (Crisi o evoluzione del diritto di proprietà?) 4. ed. Bologna: Forni Editore, 1970. p. 198.

³³⁹ Ibidem. p. 201.

³⁴⁰ “Definiremos a propriedade. Provaremos que a terra não é de ninguém, mas de todos. Provaremos que tudo o que é apropriado pelo indivíduo para além do necessário à sua subsistência é furto social. Provaremos que o suposto direito de alienar é um infame atentado” (tradução nossa). Cf. BABEUF, Manifeste des plébéiens, 1795, apud D’URSO, Francesco. *La proprietà tra diritto soggettivo e funzione sociale*. Tesi di dottorato in Filosofia del Diritto, Diritti dell’uomo e delle libertà religiose. Università degli Studi di Napoli. p. 14.

influencia decisivamente o Direito Privado³⁴¹. De fato, o embate entre as duas concepções liga-se ao fundamento que deve substituir a transcendência trazida pela religião: o indivíduo ou a sociedade.

A noção individualista do *Code Civil* foi a dominante por longo período e influenciou outros Códigos Civis, dentre eles o Código italiano de 1865³⁴² e o Código Civil brasileiro de 1916. A consolidação da propriedade moderna coincide com a afirmação de um novo sistema econômico, o sistema capitalista, tratando-se de um momento decisivo no desenvolvimento mundial, que provoca modificações de grande monta na estrutura da produção e na distribuição de riqueza. A Revolução Industrial e o advento da sociedade industrial trouxeram consigo a possibilidade de reprodução em série de vários bens e, ao mesmo tempo, a centralidade da máquina em detrimento do homem nos processos produtivos, o que abriu espaço para a discussão sobre a dimensão social do fenômeno proprietário.

A base da propriedade privada moderna funda-se na ideia de que um objeto deve pertencer a um indivíduo com a exclusão de todos os outros. A atribuição a cada indivíduo de poderes ilimitados sobre uma coisa, que fica sujeita integralmente aos seus interesses, torna possível a convivência social, de modo que o respeito a esses direitos individuais realiza o interesse coletivo: a soma dos interesses individualmente considerados seria suficiente para garantir a estabilidade e a coesão da sociedade.

Ensina Eduardo Espínola que o critério fisionômico tradicional da propriedade se relaciona “ao sentimento humano de ser sua a coisa, de lhe pertencer de modo completo e exclusivo”³⁴³. Isto significa que as noções de pertencimento e apropriação individual estão intimamente ligadas ao instituto, o que significa dizer que a noção de propriedade traz em si um mínimo de pertencimento através de poderes e faculdades que a ordem jurídica reconhece a um determinado sujeito.

É sob esta perspectiva que a propriedade moderna é construída e pensada, como “o direito de gozar e de dispor das coisas da forma mais absoluta, desde que delas não se faça utilização proibida pela lei ou pelos regulamentos³⁴⁴”. As faculdades inerentes ao direito de propriedade exprimem o seu conteúdo econômico e a lógica da apropriação privada,

³⁴¹ SOLARI, Gioele. *Filosofia del Diritto Privato* - Individualismo e Diritto Privato. Giappichelli: Torino, 1950. p. 8-10.

³⁴² Cf. BARCELLONA, Mario. *Proprietà privata e intervento statale*. Napoli: Jovene Editore, 1980. p. 177; GROSSI, Paolo. *Assolutismo giuridico e diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1998. p. 9.

³⁴³ ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002. p. 150.

³⁴⁴ Artigo 504 do Código Civil francês: “La propriété est 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”. Disponível: <<http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/1804/0005/a005.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2016.

atribuindo-se poderes plenos ao proprietário, que tem total domínio sobre a coisa e pode utilizá-la da maneira que lhe aprouver, ou mesmo não utilizá-la, uma vez que possui senhoria plena sobre o bem.

Em meados do século XIX, a questão social começa a ser inserida nas discussões relativas ao direito de propriedade, em especial no plano filosófico, propondo-se uma função social do domínio, princípio oposto ao atomismo trazido pela Revolução Francesa. A citada noção passa a ser apontada como absolutista por dar especial ênfase às faculdades atribuídas ao proprietário, que gozaria de poderes ilimitados. Critica-se também a unificação do conceito de domínio e a consagração da exclusividade proprietária, em detrimento do domínio dividido medieval, que seria mais dinâmico e consentâneo com a natureza das coisas.

A dimensão social foi inicialmente proposta para a propriedade agrária³⁴⁵ por movimentos doutrinários de índole econômica, partidários da reforma agrária e da redistribuição das terras. Ao estudar a propriedade na Irlanda, Jean de Sismondi afirma que esta é uma concessão da lei e que o legislador deve estabelecer um programa mínimo destinado a garantir o bem-estar de todos através da imposição de limites ao exercício do direito de propriedade, impedindo que o particular atue de modo ilegítimo³⁴⁶. John Stuart Mill parte do pressuposto de que a terra é um elemento diferenciado dos demais meios de produção por ser um dom de Deus e aduz que a apropriação é uma questão de conveniência geral, de modo que a propriedade da terra deve ser atribuída a quem tem melhores condições de torná-la produtiva, reconhecendo nela uma função social que não se encontra presente nas atividades da indústria³⁴⁷.

A Reforma Agrária tem impacto na agricultura, contudo possui alcance menos abrangente do que o provocado pela Revolução Industrial, que causou um grande impacto nos fundamentos da economia, em especial entre 1815 e 1850, o seu período de consolidação e momento de grave crise social que serviu como pano de fundo para o surgimento de novas discussões sobre as bases da propriedade privada. De um modo geral, aduz-se que a amplitude dos poderes conferidos ao titular do domínio gerou severas injustiças sociais e, por isso, a vontade do proprietário deveria sofrer limitações em função do interesse comum, atribuindo-se ao direito de propriedade uma função social.

³⁴⁵ Cf. BARCELLONA, Mario. *Proprietà privata e intervento statale: profili istituzionali della questione agraria*. Napoli: Jovene, 1980.

³⁴⁶ DE SISMONDI. De la richesse territoriale. In: *Études sur l'économie politique*, t.1. Bruxelles; Wahlen Ed., 1837. p. 115-116. Apud NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà*. (Crisi o evoluzione del diritto di proprietà?) 4. ed. Bologna: Forni Editore, 1970. p. 215.

³⁴⁷ Cf. NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà*. (Crisi o evoluzione del diritto di proprietà?) 4. ed. Bologna: Forni Editore, 1970. p. 216.

A propriedade pensada como direito subjetivo ilimitado ou situação jurídica individual absoluta sofre ataques que propõem a inserção de um elemento social, entendido como uma limitação que lhe dá uma nova conformação. A primeira formulação jurídica da função social foi proveniente de um estudioso do Direito Público, León Duguit³⁴⁸, que atacou a definição da propriedade como direito subjetivo, recusando atribuir-lhe tal qualificativo. Parte de estudos nos quais propõe a substituição de um modelo de Direito Público fundado na noção de poder público por um outro centrado no conceito de serviço público, e transpõe seu olhar publicista para a propriedade.

Propõe, outrossim, a ruptura com a concepção individualista e civilista da propriedade, isto é, a propriedade-direito, para a assunção de uma propriedade-função. A propriedade seria uma instituição jurídica criada para responder às necessidades econômicas e, tendo em vista as modificações destas, a propriedade também se transformou, devendo-se negar a sua configuração como direito subjetivo. Assim, não poderia mais ser concebida como um instituto de Direito Privado, devendo ser qualificada como uma função social, o que impõe sua limitação através da imposição de deveres ao proprietário.

Outra noção, ainda que embrionária da função social da propriedade, pode-se vislumbrar na doutrina social da Igreja Católica que, retomando o pensamento de São Tomás de Aquino sobre a destinação social do uso bens, elabora um documento apostólico destinado a pacificar os ânimos da cristandade diante da confusão de valores provocada pelos novos tempos. Em 1891, o Papa Leão XIII publica a Encíclica “*Rerum Novarum*”³⁴⁹, sobre as condições dos operários, na qual reconhece que a industrialização provocou o surgimento de um grande concentração de riquezas nas mãos de poucas pessoas e criou uma multidão de trabalhadores desprovidos das condições mínimas de subsistência.

Diante dessas coisas novas (*rerum novarum*), a Encíclica propõe mudanças no modo como os problemas vêm sendo enfrentados e ensina que a luta de classes jamais gerará uma solução justa, propondo a conciliação entre o capital e trabalho – que são interdependentes – através da assunção dos valores evangélicos da caridade e do respeito à pessoa humana. Por considerar a propriedade privada como um direito natural do indivíduo e, ao mesmo tempo, um modo de manifestação da sua personalidade, o Sumo Pontífice opõe-se frontalmente à sua abolição e a todas as formas de socialização. Cabe ressaltar que o citado documento condena tanto o liberalismo como o comunismo: o primeiro por dar excessiva ênfase à

³⁴⁸ DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del Derecho Publico y Privado*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1975.

³⁴⁹ Carta Encíclica “*Rerum Novarum* Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 06 maio 2016.

igualdade formal e acabar por sancionar o predomínio do mais forte; e o segundo por disseminar a pobreza e o desrespeito às liberdades individuais.

Neste ponto, a doutrina católica difere da teoria de Duguit porque, para a Igreja, a propriedade não é uma função social, mas se assenta sobre um direito pessoal que o próprio Estado deve respeitar e proteger. A propriedade é de âmbito pessoal, mas com responsabilidade de âmbito social, ou seja, um direito que comporta obrigações sociais. Fundamentado na doutrina de São Tomás de Aquino, o Papa diz que o proprietário deve dar um uso social dos bens, todavia não cabe à lei impor este uso, apenas em casos extremos, sob pena de afronta à liberdade individual e sim através do desenvolvimento das virtudes, dentre elas a da caridade cristã³⁵⁰.

Alguns anos após a encíclica papal, as tensões no contexto mundial por ela apontadas se agravam e culminam em duas grandes guerras, o que repercute também na concepção da propriedade, fortemente influenciada pelos ideais socialistas. Enquanto a Europa está envolvida na Primeira Guerra Mundial; na América Latina eclode a Revolução Mexicana (1917), com a conseqüente promulgação de uma nova Constituição, a “Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos”, que tem como fonte ideológica a doutrina anarcossindicalista difundida no último quartel do século XIX, em toda a Europa, em especial na Rússia, na Espanha e na Itália³⁵¹.

A nova ordem constitucional mexicana estabelece um regime proprietário diverso do anterior, determinando que a propriedade originária das terras pertença à Nação, cabendo a esta atribuir aos particulares a propriedade derivada, que está condicionada ao bem comum do povo. Assim, estabelece uma relativização do domínio e funda as bases para a reforma agrária posteriormente ocorrida, através do confisco de várias propriedades privadas e da sua posterior estatização, sob o pálio de uma função social da propriedade.

No mesmo ano (1917), eclode na Rússia a revolução comunista. No ano seguinte, o III Congresso Pan-Russo dos Sovietes, de Deputados Operários, Soldados e Camponeses emana a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, documento fundamentado na doutrina marxista, e que traz inspirações e medidas semelhantes às da Constituição mexicana, prevendo a socialização da terra e a abolição da propriedade privada. As terras privadas passam a ser consideradas propriedade nacional e são confiscadas sem qualquer direito à indenização, para que sejam supostamente repartidas, de modo igualitário, através da sua

³⁵⁰ Carta Encíclica *Rerum Novarum*. Item 16. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 06 maio 2016.

³⁵¹ Cf. COMPARATO, Konder, Fabio Ulhoa. *A Constituição Mexicana de 1917*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em: 09 maio 2016.

concessão em usufruto³⁵².

Em 1919, a Constituição de Weimar instaura a Primeira República alemã, e, inspirada por ideais de socialização, traz uma noção de função social da propriedade, determinando que “*a propriedade obriga*”³⁵³, pregando a prioridade do princípio social sobre o individual, contudo seus ideais de socialização são solapados pela grave crise inflacionária de 1923 e não chegam a se concretizar.

Richard Pipes, professor emérito da Universidade de Harvard e especialista em história da Rússia, critica severamente tais movimentos de socialização que, sob o pretexto de distribuir riquezas e torná-las acessíveis aos mais pobres, teriam promovido o desrespeito às liberdades individuais e graves afrontas à propriedade³⁵⁴. Os *slogans* socialistas foram utilizados por toda a parte do mundo para entregar a propriedade privada ao Estado: contudo, nos lugares nos quais foram efetivamente implementados, não houve a distribuição de modo igualitário e sim o empobrecimento da população em geral, que se tornou dependente do Estado para sobreviver³⁵⁵.

Igual crítica foi feita pelo papa Pio XI, na Encíclica “*Quadragesimo Anno*”³⁵⁶ (1931), que celebra os 40 anos da “*Rerum Novarum*” e reforça os ensinamentos de seu antecessor, que qualificou o comunismo como o princípio do empobrecimento³⁵⁷. O documento ressalta a índole ao mesmo tempo individual e social do domínio e adverte que o direito de propriedade é distinto do seu uso. A propriedade, enquanto direito natural, deve ser respeitada pelo Estado e não pode ser suprimida pelas leis dele emanadas, todavia existem também obrigações inerentes ao domínio que podem ser estabelecidas em favor do bem comum.

O Estado, sem abolir o domínio individual, pode decretar mais minuciosamente o que é lícito e o que não é lícito aos proprietários diante do respeito ao bem comum e estabelecer limites ao uso do direito de propriedade. Tais limites apenas são admissíveis se possuem como nortes a justiça e a moderação. Qualquer forma de confisco ou expropriação sem

³⁵² Declaração de Direitos, Capítulo II: “Art.1º. A fim de se realizar a socialização da terra, é abolida a propriedade privada da terra; todas as terras passam a ser propriedade nacional e são entregues aos trabalhadores sem qualquer espécie de resgate, na base de uma repartição igualitária em usufruto”. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>>. Acesso em: 09 maio 2016.

³⁵³ Art. 153. Segunda alínea. Cf. COMPARATO, Fabio Konder. *A constituição alemã de 1919*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>>. Acesso: 09 maio 2016.

³⁵⁴ PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Alberto Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 250.

³⁵⁵ PIPES, loc. cit.

³⁵⁶ Carta Encíclica *Quadragesimo anno*. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html>. Acesso em: 09 maio 2016.

³⁵⁷ Carta Encíclica *Rerum Novarum*. Item 7. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 09 maio 2016.

indenização deve ser considerada um roubo, pois a propriedade é um direito natural do homem e se adquire pelo trabalho. Outrossim, a socialização dos meios de produção com o pretexto de uma repartição igualitária é inadmissível, por violar a lei natural de não roubar³⁵⁸.

A repartição do excedente ao necessário para subsistência é um dever de caridade de índole individual, que deve crescer entre os cristãos dos mais variados tempos e locais, o que não significa dizer que isto deve ser realizado de modo forçado, mediante a socialização dos meios de produção ou pela expropriação da propriedade individual para atribuí-la aos pobres, sendo certo que o trabalho é o modo natural de atribuição de coisas ao homem³⁵⁹.

Tais deveres de caridade são insindicáveis juridicamente, de modo que o Estado não pode impor através de leis a caridade e a distribuição dos bens, sob pena de violar os limites da propriedade privada e da liberdade individual³⁶⁰. A justiça comutativa obriga a conservar inviolável a distribuição dos bens, bem como a moderação no exercício do domínio, que não deve exceder os seus limites e prejudicar terceiros. Por tal motivo, pode a lei estabelecer condições para o uso socialmente útil dos bens, a fim de não causar danos à coletividade³⁶¹.

A análise do documento demonstra que as perspectivas católica e socialista da função social da propriedade divergem grandemente, em especial por conta das concepções de sociedade diametralmente opostas que cada uma dessas doutrinas possui³⁶². Para os católicos,

³⁵⁸ Observe-se que São Tomás de Aquino insere a propriedade na questão 66 da Segunda Parte da Suma Teológica, que trata “Do Furto e do Roubo”, e a inclui nas discussões relativas ao mandamento de não roubar. Cf. RAMPAZZO, Lino. *Propriedade capitalista versus propriedade humana: a reflexão de Santo Tomás retomada por Mounier* In: PublicaDireito. p. 396-421. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1e9b64527e41c736>>. Acesso em: 09 maio 2016.

³⁵⁹ A caridade humana é virtude a ser desenvolvida pela espírito, portanto não pode ser imposta pelo Estado. Por tal motivo, José de Los Mozos salienta que a função social da propriedade que decorre das encíclicas papais é apenas um princípio de ordem moral, relativo ao cultivo da virtude individual, portanto cabe à esfera privada e não à esfera pública. Logo, o Estado não tem o condão de exigir o cumprimento da função social nestes termos, cabendo a ele garantir a propriedade privada e a segurança do indivíduos, além de estimular comportamentos socialmente desejáveis. (DE LOS MOZOS. Jose Luis. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradicion juridica*. Madrid: Edersa, 1993. p. 195).

³⁶⁰ “Com efeito, a chamada justiça comutativa obriga a conservar inviolável a divisão dos bens e a não invadir o direito alheio excedendo os limites do próprio domínio; que porém os proprietários não usem do que é seu, senão honestamente, é da alçada não da justiça, mas de outras virtudes, cujo cumprimento ‘ não pode urgir-se por vias jurídicas’. Pelo quê sem razão afirmam alguns, que o domínio e o seu honesto uso são uma e a mesma coisa; e muito mais ainda é alheio à verdade dizer, que se extingue ou se perde o direito de propriedade com o não uso ou abuso dele.

Prestam portanto grande serviço à boa causa e são dignos de todo o elogio os que, salva a concórdia dos ânimos e a integridade da doutrina tradicional da Igreja, se empenham em definir a natureza íntima destas obrigações e os limites, com que as necessidades do convívio social circunscrevem tanto o direito de propriedade, como o uso ou exercício do domínio. Pelo contrário muito se enganam e erram aqueles, que tentam reduzir o domínio individual a ponto de o abolirem praticamente”. (Encíclica “*Quadragesimo Anno*”. Item II. Autoridade da Igreja na questão social e econômica. Item. 1. Do direito de propriedade. Obrigações inerentes ao domínio Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html>. Acesso em: 09 maio 2016).

³⁶¹ Cf. Carta Encíclica *Rerum Novarum*, n. 19. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 09 maio 2016.

³⁶² “Para lhes respondermos, como pede a Nossa paterna solicitude, declaramos: O socialismo quer se considere

o ente estatal existe apenas em função dos indivíduos e deve respeitar a sua esfera íntima, dentre elas a propriedade e o núcleo familiar, além do direito de livre associação. As doutrinas socialistas³⁶³, por sua vez, prevêm a socialização dos meios de produção e determinam que o particular deve abdicar de algumas de suas prerrogativas em prol do todo social, que seria melhor gerido pelo Estado. Em momento posterior, com a sua abolição e evolução para um comunismo³⁶⁴, todas as coisas seriam em comum, eliminando-se a propriedade privada, que seria a causa precípua do dissenso social³⁶⁵.

Portanto é um erro associar a doutrina social da Igreja Católica ao socialismo, visto que as concepções do Estado, da propriedade e da família são completamente diversas e mesmo incompatíveis, em especial porque para o catolicismo são fundamentais as noções de transcendência do homem e da caridade como virtude evangélica. Do confronto entre as duas vertentes, pode-se vislumbrar que não existe uma única concepção da função social da propriedade, tanto na sua natureza jurídica como no seu conteúdo. Diante de sua

como doutrina, quer como facto histórico, ou como ‘acção’, se é verdadeiro socialismo, mesmo depois de se aproximar da verdade e da justiça nos pontos sobreditos, não pode conciliar-se com a doutrina católica; pois concebe a sociedade de modo completamente avesso à verdade cristã.

Com efeito : segundo a doutrina cristã o homem sociável por natureza é colocado nesta terra, para que, vivendo em sociedade e sob a autoridade ordenada por Deus, cultive e desenvolva plenamente todas as suas faculdades, para louvor e glória do Criador, e pelo fiel cumprimento dos deveres da sua profissão ou vocação, qualquer que ela seja, grangeie a felicidade temporal e eterna. Ora o socialismo, ignorando por completo ou desprezando este fim sublime dos indivíduos e da sociedade, opina que o consórcio humano foi instituído só pela vantagem material que oferece. E na verdade do facto que o trabalho convenientemente organizado é muito mais produtivo que os esforços isolados, os socialistas concluem, que a actividade económica deve necessariamente revestir uma forma social. Desta necessidade segue-se, segundo eles, que os homens por amor da produção são obrigados a entregar-se e sujeitar-se completamente à sociedade. Mais : estimam tanto os bens materiais, que servem à comodidade da vida, que afirmam deverem pospor-se e mesmo sacrificar-se quaisquer outros bens superiores e em particular a liberdade às exigências de uma produção activíssima. Esta perda da dignidade humana, inevitável no sistema da produção ‘socializada’, julgam-na bem compensada com a abundância dos bens que, produzidos socialmente, serão distribuídos pelos indivíduos, e estes poderão livremente aplicar a uma vida mais cómoda e faustosa”. (CARTA Encíclica “*Quadragesimo Anno*”. Item II. Autoridade da Igreja na questão social e económica. Item. 2. Evolução do socialismo Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html>. Acesso em: 09 maio 2016).

³⁶³ Ressalte-se que por refugir ao objetivo da presente tese, não serão analisadas as diversas expressões do socialismo nas suas inúmeras vertentes doutrinárias. A evolução desta doutrina fez surgir duas facções ou tendências principais: uma, que seria o socialismo propriamente dito e outra que evoluiu para o comunismo. Sobre o tema e suas repercussões no Direito Privado, remete-se a SOLARI, Girole. *Socialismo e diritto privato*, Torino: Giuffrè, 1901.

³⁶⁴ “Quando os meios de produção passarem a ser propriedade comum, a família individual deixará de ser a unidade económica da sociedade. A economia doméstica converter-se-á em indústria social. O trato e a educação das crianças tornar-se-ão público; a sociedade cuidará, com o mesmo empenho, de todos os filhos, sejam legítimos ou naturais”. (MARX, Karl. *Das origens do Estado, da propriedade privada e da família*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_engels_origem_propriedade_privada_estado.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016).

³⁶⁵ Cite-se Proudhon que, ao indagar sobre a natureza da propriedade, a define como um roubo: “Eu afirmo que nem o trabalho, nem a ocupação e nem a lei podem criar a propriedade; que ela é um efeito sem causa: sou repreensível? Quantas queixas se levantam! A propriedade é o roubo! Eis o rebate de 93! Eis a desordem das revoluções!” (PROUDHON, Pierre-Joseph. “*O que é a Propriedade*”. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1975. p. 11).

indeterminação conceitual, é tarefa praticamente impossível encontrar um consenso entre as diversas tendências que podem ser inseridas sob o pálio da “função social”.

Por conta das dificuldades na elaboração de um conceito unitário, na Europa não poucos são os juristas que propugnam a sua supressão, sustentando tratar-se de uma questão ultrapassada, que traz mais problemas do que soluções diante da ausência de um conteúdo concreto³⁶⁶. Na Itália, país que teve a cláusula da função social inserida em sua Constituição desde 1947, ainda hoje não se chegou a um consenso sobre o seu alcance, existindo uma miríade de correntes que procuram defini-la³⁶⁷. Todavia, se alhures o conceito é considerado desgastado ou despreciado, no Brasil a questão é enfrentada com entusiasmo³⁶⁸, por ter sido prevista na Carta Magna de 1988³⁶⁹, após um período de ditadura, o que foi confirmado pelo Código Civil a ela posterior³⁷⁰.

Adverta-se que a Constituição de 1988 não foi a primeira Constituição brasileira a consagrar a funcionalidade da propriedade. O pioneirismo deve ser atribuído à Constituição de 1934, que inclui a propriedade no capítulo dos direitos e das garantias individuais e prevê que tal direito não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar³⁷¹. A Constituição de 1937 apenas define que o direito de propriedade é garantido

³⁶⁶ Por todos: GAMBARO, Antonio. *Note introdutiva*. XXV Conferenza Internazionale dell’Osservatorio “Giordano Dell’Amore” sui rapporti tra diritto ed economia: Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI. Milano: Fondazione Cariplo, 2012. p. 8.

³⁶⁷ Cf. Guido Alpa, que relata, em sua obra, sobre a propriedade pelo menos seis correntes diversas sobre o conteúdo da função social da propriedade, em especial na Itália, país no qual após mais de 50 anos da inserção da cláusula na Constituição, não se chegou ainda a um consenso acerca do seu conteúdo. Tal questão será analisada de modo mais detalhado em item posterior deste trabalho, que trata da propriedade liberdade e da propriedade função social no Direito Europeu, em especial diante das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos (ALPA, Guido; FUSARO, Andrea (a cura di). *Le metamorfosi del diritto di proprietà*. Matera: Antezza, 2014. p. 335-356.

³⁶⁸ Dentre as inúmeras obras que abordam o tema, pode-se citar: PILATI, Jose Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

³⁶⁹ Artigo 5º, XXIII da Constituição da República: “a propriedade atenderá a sua função social”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2016.

³⁷⁰ O Código Civil brasileiro, publicado em 10 de janeiro de 2002, teve um longo período de *vacatio legis*, tendo entrado em vigor um ano após a sua publicação. Tal é a redação do artigo 1.228 §1º do Código Civil: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 maio 2016.

³⁷¹ Art 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 13 maio 2016.

a todos e que o seu conteúdo e os seus limites serão os estabelecidos por lei.³⁷² A questão volta à lume na Constituição de 1946, que garante o direito de propriedade³⁷³ e define que o seu uso será condicionado ao bem-estar social, de forma que a lei poderá promover a sua justa distribuição, com igual oportunidade para todos³⁷⁴.

O texto de 1967³⁷⁵ e a Emenda Constitucional n.º. 1, de 1969³⁷⁶, trouxeram a função social da propriedade como princípio da ordem econômica, prevendo também a indenização em títulos da dívida pública em caso de desapropriação da propriedade rural. As referidas Constituições são frutos do contexto institucional da década de 1960, período em que houve uma ebulição de leis que procuraram concretizar a função social da propriedade agrária: a Lei

³⁷² Art. 122: “A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

4) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 13 maio 2016.

³⁷³ Art. 141: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 16. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, com a exceção prevista no § 1º do art. 147. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior”. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 10, de 1964). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 13 maio 2016.

³⁷⁴ Art. 147: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. § 1º Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento da prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, segundo índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras públicas. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 10, de 1964)”. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 13 maio 2016.

³⁷⁵ Art. 157: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

III - função social da propriedade;

§ 1º - Para os fins previstos neste artigo a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas”. (Redação dada pelo Ato Institucional n.º 9, de 1969). Disponível em :

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 13 maio 2016.

³⁷⁶ Art. 160 : “A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

III - função social da propriedade”. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 13 maio 2016.

Art. 161: “A União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas. (Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 13 maio 2016).

nº 4.132/62, que define os casos de desapropriação por interesse social; a Lei nº 4.504/64, o chamado Estatuto da Terra, que trata da organização e do funcionamento do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária.

O texto de 1988 reforça a noção de propriedade como uma garantia constitucional e determina que esta é um direito fundamental³⁷⁷ que atenderá à sua função social³⁷⁸, ao mesmo tempo em que a define como um elemento da ordem econômica³⁷⁹. Traz ainda especificações diversas para as propriedades rural e urbana. Quanto à primeira, determina que o imóvel rural que não cumpre a sua função social está sujeito à desapropriação para fins de reforma agrária³⁸⁰, para logo após aduzir que a propriedade produtiva não pode sofrer tal sanção. A função social do imóvel urbano passa pelo cumprimento das exigências da ordenação da cidade previstas pelo Plano Diretor elaborado pelo Município e, em caso de descumprimento, podem ser impostas sucessivamente sanções que interferem nas faculdades proprietárias. São elas: i) o parcelamento ou edificação compulsórios; ii) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; iii) desapropriação-sanção com pagamento mediante títulos da dívida pública³⁸¹.

³⁷⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade.

(Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 maio 2016)

³⁷⁸ XXIII da Constituição da República: a propriedade atenderá a sua função social.

³⁷⁹ Artigo 170 da Constituição da República: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”:

II - propriedade privada;

³⁸⁰ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

³⁸¹ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

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

§3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

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

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

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

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 maio 2016.

O reconhecimento da propriedade como um direito individual dotado de uma função coletiva, além do fato de tal função poder ser cumprida de diferentes modos que se relacionam com a natureza do bem em questão, cria dificuldades. Tal compatibilização entre o individual e o social não pode ser feita sem algum esforço doutrinário para concretizar o seu conteúdo. Cabe também ao Judiciário dar-lhe a conformação adequada nos litígios que são submetidos à sua apreciação.

Apesar do olhar otimista, permanece a problemática da indefinição conceitual, sendo a fórmula da “função social da propriedade” usada como um guarda-chuva com a vocação de abrigar os mais diversos interesses. Diante das dificuldades apontadas alhures, em especial pelos estudiosos dos países que positivaram a função social da propriedade há mais tempo – que têm tentado, sem sucesso, atribuir-lhe um conteúdo concreto – afigura-se útil haurir as lições por eles tiradas através da experiência concreta, somada aos esforços doutrinários de sistematização.

Com isso, pretende-se evitar a “panaceia da função social”, ou seja, sua aplicação pouco criteriosa, pois a fórmula, apesar de apresentar grande beleza retórica, concretamente pode apresentar grande variabilidade de sentidos, o que pode vir a enfraquecer não só a sua juridicidade, mas também a própria garantia da propriedade privada.

Aqui cabem considerações importantes para que os modelos estrangeiros venham a enriquecer a discussão jurídica nacional, mas não sejam importados de modo apressado, sem a análise da adequação às circunstâncias particulares e ao desenvolvimento concreto do direito de propriedade no Brasil. O regime de propriedade não é imutável, tal como qualquer outra instituição da vida social haja vista a ampla variedade de formas concretas que revestiu a propriedade ao longo da história das sociedades. Ele se desenvolve de um modo particular em cada contexto, cabendo ao direito positivo, tomando por base as necessidades locais, a demarcação da propriedade individual.

Uma primeira observação diz respeito à qualificação constitucional da garantia da propriedade em cada um dos Estados soberanos. A Lei Maior brasileira traz a propriedade como direito fundamental e elemento da ordem econômica; por sua vez, a Constituição italiana inclui a garantia no rol dos direitos econômicos e, por tal motivo, é comum na doutrina deste país a consideração da propriedade como um conceito econômico, que pode apresentar diversas conformações jurídicas³⁸². Tal entendimento abriu espaço para o questionamento da propriedade enquanto um direito subjetivo e sua compreensão como um

³⁸² Por todos; ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Poteri dei privati e statuto della proprietà*. I.Oggetti, situazioni soggettive, conformazione dei diritti. Padova: Cedam, 1980. p. 177.

interesse legítimo, isto é, um interesse juridicamente protegido, que deve ser sopesado com outros interesses não proprietários que estão em jogo no caso concreto.

Além disso, no Brasil, o problema da distribuição das terras e a necessidade de regularização fundiária são extremamente graves e não podem ser ignorados. O elevado número de ocupações irregulares torna premente a necessidade de uma maior investigação acerca da natureza jurídica e do conteúdo da função social da propriedade, sem descurar dos contornos constitucionais trazidos para as propriedades rural e urbana. A título exemplificativo, far-se-á a exposição de dois julgados emblemáticos da jurisprudência brasileira: os casos da “Favela do Pulmann” e da “Fazenda Primavera”, que refletem a situação da propriedade e da posse no Brasil, casos que, dificilmente, seriam imagináveis no contexto europeu.

O STJ, no emblemático caso da Favela do Pulmann³⁸³, situação de grave conflito possessório, aplicou a cláusula da função social para legitimar a posse de famílias que ocuparam um terreno parcialmente construído, cuja edificação restou paralisada por longo período. O Tribunal aplicou a técnica da ponderação de interesses e reconheceu que a posse com função social deve prevalecer sobre a propriedade que não cumpre esta mesma função, com base nos seguintes argumentos: a) o direito de propriedade foi exercitado de modo antissocial, uma vez que os proprietários deixaram o terreno em pleno abandono por mais de vinte anos, sem qualquer implantação de aparelhos urbanos; b) a retirada física das famílias seria inviável e violaria os interesses existenciais das pessoas envolvidas; c) por conta disso, o *jus reivindicandi* fica paralisado pelo princípio da função social da propriedade, permanecendo, contudo, o direito a pleitear indenização.

³⁸³ Acórdão STJ . Resp. 75. 659. Data do Julgamento: 21/6/2005. CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRENOS DE LOTEAMENTO SITUADOS EM ÁREA FAVELIZADA. PERECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. ABANDONO. CC, ARTS. 524, 589, 77 E 78. MATÉRIA DE FATO. REEXAME.IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ.

I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva.

II. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ.

III. Recurso especial não conhecido. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=75659&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em: 16 maio 2016.

Já no julgado da “Fazenda Primavera”³⁸⁴, o Tribunal entendeu que um terreno ocupado pelo Movimento dos Sem-Terra (MST) deveria ser desapropriado por descumprimento de função social, comprovada pelo fato de haver débito com a União. A sociedade Agropecuária Primavera celebrou contrato de arrendamento mercantil com a sociedade Merlin e vinha desenvolvendo regularmente as suas atividades. A propriedade era produtiva e possuía terrenos cultivados e em preparação para o cultivo, além de benfeitorias, quando sobreveio uma invasão por membros do Movimento dos Sem-Terra (MST). Estes passaram a ocupar a fazenda e a usar os veículos automotores lá contidos, tendo também invadido os escritórios da sociedade, com destruição de bens e equipamentos.

O TJ/RS entendeu que, inobstante existir produtividade agrícola, a propriedade não cumpria a sua função social por conta de débitos fiscais que culminaram com uma penhora em favor do INSS (Instituto Nacional da Seguridade Social). O STJ, ao reexaminar a decisão, reconheceu a ocorrência de desapropriação direta e a consequente obrigação do Estado de indenizar o proprietário do imóvel³⁸⁵. A função social da propriedade foi usada como argumento legitimador das violentas ocupações realizadas pelo MST e a produtividade foi avaliada, tomando em consideração o critério da inadimplência com o Fisco, e não a renda e os produtos agrícolas produzidos.

Os exemplos expostos demonstram de modo incipiente o quadro da aplicação da função social da propriedade no Brasil e deixam clara a necessidade de se definirem balizas para a sua aplicação. Se por um lado fica patente a realidade das ocupações irregulares no país e a necessidade de tutela às classes menos favorecidas, não se deve descurar que o estímulo à propriedade privada contribui eficazmente para a ordem social e o progresso da nação. Isto posto, entende-se que as discussões sobre a função social da propriedade alhures podem auxiliar no desenvolvimento de suas bases doutrinárias.

A exposição de conteúdos estrangeiros tem como objetivo promover um debate que gere o aperfeiçoamento dos instrumentos proprietários no Brasil, a fim de que o país se adeque às novas perspectivas negociais de um contexto globalizado e que a fragilização da garantia da propriedade privada não venha a gerar insegurança e a impedir a promoção do bem comum. Diante do dilema do proprietário nacional, o cotejo com a experiência italiana sobre a função social permite analisar a viabilidade de sua aplicação, em especial porque ali

³⁸⁴ TEPEDINO; Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *O papel do Judiciário na efetivação da função social da propriedade*. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca5.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

³⁸⁵ A invasão motivou um pedido de intervenção federal no Estado do Paraná, pedido que foi negado pelo STJ. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/130467428/stj-rejeita-intervencao-no-parana-e-mantem-ocupacao-de-fazenda-pelo-mst>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

foram inúmeras e variadas as correntes que enfrentaram o tema. Contudo, antes de adentrar em cada uma delas, convém realizar uma breve digressão sobre a evolução da propriedade no contexto italiano, o que permitirá uma melhor compreensão da problemática surgida.

O contexto histórico provocado por duas guerras mundiais fez aflorar movimentos de socialização por todo o mundo. Na Itália, o movimento de publicização da economia e do direito teve início em 1927, com a promulgação da *Carta del Lavoro* pelo Grande Conselho do Fascismo, o órgão constitucional do partido³⁸⁶. O documento prevê a intervenção do Estado na economia através da gestão direta e do fomento à iniciativa privada.

Após a *Carta del Lavoro*, o Direito Administrativo da propriedade assume grande extensão e aumentam significativamente as requisições. Estas, inicialmente dotadas de caráter militar, começam a ocorrer nos mais diversos campos da vida civil, sob o pretexto de “expropriação por utilidade pública”, que toma ares cada vez mais amplos. Abrigados no interesse público e na utilidade social foram realizados verdadeiros confiscos e uma forte estatização dos meios de produção³⁸⁷.

Em tal momento histórico, vigorava o Código Civil de 1865 que compreendia a propriedade como garantia de liberdade individual. Pautado no modelo napoleônico, considerava a propriedade um direito fundamental, assim dispondo que “a propriedade é o direito de gozar e dispor da coisa da maneira mais absoluta possível, desde que não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos”³⁸⁸. Por seu turno, o Código Civil de 1942 diz que “o proprietário tem o direito de gozar e dispor das coisas de modo pleno e exclusivo, dentro dos limites e com a observância das obrigações estabelecidas pelo ordenamento jurídico”³⁸⁹.

O legislador de 1942, ao tratar do modo de exercício da propriedade, substituiu, a expressão “da maneira mais absoluta possível” pelo “exercício pleno e exclusivo”, contudo não trouxe grandes mudanças em relação ao processo legislativo que, desde a primeira guerra até a sua edição, estava em curso e vinha modificando o modelo de propriedade tradicional. A

³⁸⁶ NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà*. (Crisi o evoluzione del diritto di proprietà?) 4. ed. Bologna: Forni Editore, 1970. p. 321.

³⁸⁷ Cf. NEGRO, loc. cit.

³⁸⁸ Art. 436: “La proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa nella maniera più assoluta possibile, purchè non se ne faccia l'uso vietato dalle leggi e dai regolamenti”. Disponível em: <http://www.notaio-busani.it/download/docs/CC1865_100.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2016.

³⁸⁹ Art. 832: “Contenuto del diritto.

Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico.

Art. 833 Atti d'emulazione. Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri”. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib3.htm>. Acesso em: 12 maio 2016.

mudança mais efetiva se inicia com a promulgação da Constituição republicana de 1948 que, após a queda do regime fascista, pretendeu fazer uma reconstrução da identidade do país.

A função social da propriedade se coloca justamente nesta tendência, consagrada no artigo 42 da Constituição italiana de 1948, nos seguintes termos: “a propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina os seus modos de aquisição, gozo e limites com objetivo de assegurar-lhe a sua função social e torná-la acessível a todos”³⁹⁰. Diante do texto constitucional, de conotação diversa do Código Civil, a questão é posta no ordenamento italiano e dentro deste contexto surgem diversas correntes que tratam do seu conteúdo³⁹¹.

O Estado Social influencia fortemente a figura do direito subjetivo na Itália, ao ponto de afirmar-se que esta “é construída em torno de esquemas que exprimem a noção de Estado Social”³⁹². Na segunda metade dos anos 1960, o sistema de direitos subjetivos é fortemente atacado e a propriedade deixa de ser considerada como tal e passa a ser encarada como um interesse condicionalmente protegido, que deve ser sopesado com outros interesses igualmente tutelados. De *ius a minus*: a propriedade, entendida como a disciplina conformativa dos poderes do proprietário, não cabe mais na categoria do direito subjetivo.

Giovanni Tarello³⁹³ enumera seis chaves de leituras diversas do artigo 42 da Constituição italiana: 1) o direito (natural) de propriedade é reconhecido e garantido por lei a todos os cidadãos; 2) o direito de propriedade (como disciplinado pelo Código Civil) será regulado posteriormente pela lei formal; 3) o direito de propriedade privada é disciplinado pela lei formal; 4) o direito de propriedade privada é disciplinado pela lei formal enquanto realiza uma função social; 5) a lei disciplinará o direito de propriedade privada através dos modos de uso e gozo e dos limites (qualitativos) que permitam assegurar a função social; 6) somente a lei poderá reconhecer, nos limites, também quantitativos, que tornem possível a função social de justa distribuição de riquezas, e a propriedade privada em razão da possibilidade de acesso de todos os cidadãos a um quantitativo determinado de bens.

³⁹⁰ Art. 42: “La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d’interesse generale. La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità”.

Disponível em: <<http://www.quirinale.it/qnrw/statico/costituzione/pdf/Costituzione.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2016.

³⁹¹ Cabe ressaltar que a partir dos anos 90 é retomada a tendência a associar a propriedade privada à liberdade, tendência que é reforçada com a UE e, posteriormente, com a jurisprudência da Corte Europeia de direitos do homem, conforme se examinará mais adiante.

³⁹² ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Elementi di diritto privato*. Matera: Laterza, 2001. p.157.

³⁹³ TARELLO, Giovanni. *La disciplina costituzionale della proprietà*. ECIG: Genova 1973. p. 26-32.

No Brasil, problema semelhante se põe. A Assembleia Constituinte, convocada após um período fortemente autoritário, traz membros que refletem a heterogeneidade da composição social brasileira. Como é natural numa Constituinte, são enfrentados severos fortes embates entre os mais variados extratos da sociedade, optando-se por tentar satisfazer a todos dentro de um mesmo documento. No caso da função social, tentou-se conciliar os interesses dos diversos movimentos sociais com os dos empresários e proprietários, garantindo-se a atividade econômica e a livre iniciativa, mas também assegurando o seu valor social, bem como o valor do trabalho na ordem econômica.

As Cartas políticas brasileira e italiana têm em comum o fato de terem sido promulgadas logo após períodos totalitários, além de serem frutos da coexistência de várias tendências econômicas antagônicas que se uniram para que houvesse um acordo que englobasse todos os setores políticos representados na Constituinte. Em ambos os países, houve intensos debates sobre a cláusula da função social da propriedade. Feitas tais colocações, passa-se a examinar as diversas interpretações dessa cláusula de funcionalidade.

2.2.1 As diversas leituras da função social

A definição da natureza jurídica e do conteúdo da cláusula da função social está intimamente relacionada à concepção de propriedade que se pretende defender. Existem praticamente dois pontos de partida: ou associa-se a propriedade ao direito subjetivo ou esta passa a ser considerada uma função ou um poder relativo, limitado pelo Direito Público. No meio termo, está a corrente que sustenta ser um direito subjetivo condicionado à sua função social. Em síntese, pode-se afirmar que Sforza assim relata a situação:

[...] três concepções do direito de propriedade se afirmam modernamente: aquele que o atribui ao indivíduo como tal, fundando-o na natureza humana; aquela que o nega ao indivíduo como tal; aquela que a reconhece ao indivíduo não como um direito natural, mas como uma forma de dever social ou civil³⁹⁴.

Lembrando Waldron³⁹⁵ e sua distinção entre conceito e concepção, pode-se afirmar que função social da propriedade tem a ver com a concepção de propriedade que se tem. A posição tradicional afirma a incompatibilidade entre o direito subjetivo ou, quando muito, admite apenas a sua ingerência meramente externa. A corrente oposta sustenta que a

³⁹⁴ SFORZA Cesarini, Widar. Proprietà ed espropriazione. *Educazione fascista*, II, 1929, p. 108-121. apud D'URSO, Francesco. *Un dibattito di primo Novecento*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012. nota 3, p. 114.

³⁹⁵ WALDRON, Jeremy. *The right to private property*. Clarendon Press: Oxford, 1988. p. 52-53.

propriedade não pode ser vista como um direito subjetivo, mas como um poder-dever, de modo que o interesse do proprietário está condicionado à satisfação de interesses não proprietários, isto é, do interesse geral ou social.

Na doutrina italiana, os dois polos são representados por Widar Cesarini Sforza e Enrico Finzi. A origem da divergência está no fundamento da propriedade: enquanto Sforza entende que a justificativa da propriedade deve ser procurada na vontade humana, anterior ao Estado, assumindo posição subjetiva; para Finzi, o seu fundamento está no interesse coletivo, na maior vantagem comum que os bens sejam utilizados com plena liberdade pelos cidadãos³⁹⁶, daí a necessidade da função social.

O tema da propriedade é constante nos escritos de Sforza e passa por três fases na sua produção: 1) a primeira começa no final dos anos vinte do século XX e tem como marco inaugural o ensaio “*Proprietà ed espropriazione*” (1929), ano em que é publicada a sua obra mais conhecida, “*Il diritto dei privati*”; 2) o segundo período vai dos anos 1930 até a codificação civilista de 1942 e engloba os escritos que mais refletem a posição do estudioso; 3) a última fase traz textos em defesa do subjetivismo diante do intervencionismo estatal na economia e da constitucionalização da função social da propriedade³⁹⁷.

No primeiro ensaio, Sforza analisa o tema das relações entre o Direito Público e o Direito Privado na questão proprietária e enfrenta também a problemática das relações corporativas, decorrente da “*Carta del Lavoro*”, que traz uma nova abordagem da relação entre propriedade e produção, bem como a temática do proprietário e empresário (uma das tendências da Constituinte foi associar a propriedade como ligada à empresa ou de definir a propriedade como empresa) do regime fascista. Constata a crise do modelo tradicional e defende o retorno ao subjetivismo como solução, que considera adequada para preservar a propriedade dos constantes ataques, que vem sofrendo pelas legislações especiais que lhe tolhem o conteúdo essencial.

Enrico Finzi traz duas principais contribuições para o estudo da propriedade³⁹⁸: a primeira é a aula inaugural do ano acadêmico 1922-1923, no Instituto Real de Ciências Sociais “Cesare Alfieri”, que teve como título “*Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*” (1922); a segunda é uma palestra proferida no Primeiro Congresso Nacional de

³⁹⁶ Finzi chega a afirmar que a propriedade é uma função social: “[...] la proprietà, riprendere ad essere, oltre che un diritto soggettivo, una funzione sociale. La giustificazione di essa non si ricerca più nella volontà divina od umana, bensì nell’interesse collettivo, nel maggior vantaggio comune a che i beni vengano utilizzati in piena libertà dai singoli cittadini”³⁹⁶. (FINZI, Enrico. *L’officina delle cose*. Scitti minori. A cura di Paolo Grossi. Milano: Giuffrè, p. 21).

³⁹⁷ D’URSO, Francesco. *La proprietà: un dibattito di primo Novecento*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012. p. 113.

³⁹⁸ D’URSO, loc. cit.

Direito Agrário, intitulada “O Direito Agrário e a disciplina da produção”. Além disso, sua obra mais conhecida, “*Il possesso dei diritti*” (1915), é o pano de fundo de suas reflexões dirigidas contra a dogmática do século XVIII e de sua imposição objetiva do direito.

De certo modo, a discussão entre Sforza e Finzi é antecipada por Romagnosi e Laurent, em polêmica sobre os limites legais da propriedade privada, conforme descreve Ferdinand Biachi³⁹⁹, em obra sobre o tema, publicada em 1885, isto é, anterior à inserção da cláusula de função social da propriedade no texto constitucional italiano.

Romagnosi defende que o interesse geral apenas deve prevalecer em caso de verdadeira necessidade, de modo a propiciar o mínimo sacrifício possível no direito individual do proprietário. Laurent critica a citada tese e defende que o direito individual pode ser restringido sempre que se estiver diante de um direito social. Por sua vez, Bianchi, ao descrever a controvérsia, toma posição intermediária, aduzindo não ser possível estabelecer aprioristicamente uma hierarquia ou prioridade entre os direitos, visto que tal depende das particulares condições econômicas, sociais e morais de cada país.

Retomando Sforza e Finzi, descrever-se-ão de modo sintético as propostas de cada um dos estudiosos, para depois confrontá-las e propor uma via de solução⁴⁰⁰.

Os dois autores personificam dois modos diferentes de encarar o fenômeno proprietário: a propriedade afirmada como *potestas* do titular domínio do titular ou como instrumento de organização econômica⁴⁰¹. Sforza parte da noção jusnaturalista clássica, que trata a propriedade como uma projeção do próprio sujeito, razão da tutela outorgada pelo ordenamento jurídico e centro do sistema de direitos subjetivos e do Direito Privado. A análise de Finzi é fortemente influenciada pela Economia e pelos princípios corporativos introduzidos pelo Estado fascista, portanto sustenta que os bens são considerados não apenas na qualidade de propriedade do indivíduo, mas devem ser tratados como a base da estrutura social e o centro do ordenamento jurídico⁴⁰².

Confrontam-se dois modelos de Direito Privado: um, clássico, destinado a garantir o exercício da autonomia privada dos sujeitos, bem como o respeito das suas liberdades civis na

³⁹⁹ BIANCHI, Ferdinand. *I limiti legali della proprietà nel diritto civil*. Macerata, 1885. p. 31-37. Apud NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà*. Bologna: Forni Editore, 1970. p. 293.

⁴⁰⁰ A divergência entre os doutrinadores é exposta por Francesco D’Urso, em livro dedicado aos principais momentos dos debates sobre o direito de propriedade no contexto italiano (D’URSO, Francesco. *La proprietà: un dibattito di primo Novecento*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012. p. 113-115).

⁴⁰¹ As duas tendências no exame da propriedade são apontadas por Paolo Grossi. (*L’inaugurazione della proprietà moderna*. Napoli: Guida Editori, 1980. p. 52).

⁴⁰² Cf. STOLZI, Irene. Enrico Finzi: Il Contributo italiano alla storia del Pensiero. In: *Treccani Enciclopedia – Diritto* (2012). Disponível em: <[http://www.treccani.it/enciclopedia/enrico-finzi_\(Il_Contributo_italiano_alla_storia_del_Pensiero:_Diritto\)/>](http://www.treccani.it/enciclopedia/enrico-finzi_(Il_Contributo_italiano_alla_storia_del_Pensiero:_Diritto)/>). Acesso em: 17 maio 2016.

qualidade de cidadãos; outro, objetivado, compreendido como o direito dos bens e da economia, no qual o indivíduo encontra pouco espaço. A visão de Sforza representa o máximo expoente italiano da doutrina, que considera haver uma contradição insuperável entre as noções de direito e função; Finzi, contrariamente, defende uma concepção objetiva da propriedade e sustenta que as transformações objetivas do domínio conduziram a uma mudança no polo subjetivo, deslocando a pertinência do indivíduo para a coletividade (entendida de modo mais ou menos amplo)⁴⁰³.

As diversas visões do centro gravitacional do ordenamento jurídico repercutem nas abordagens referentes à propriedade e sua função social: se, para Sforza, ela é um excrescimento dentro do sistema de Direito Privado, pois o direito subjetivo é definitivamente incompatível com a noção de função; para Finzi, ela é a sua própria base porque a propriedade deixa de ser considerada um direito subjetivo e se transforma em poder discricionário, modelado pelo Direito Público. O remodelamento da propriedade pelo Direito Público e sua qualificação como poder discricionário, nos moldes do direito administrativo, transforma o proprietário de *dominus* em *gestor*⁴⁰⁴ e este passa a gozar de um *mínus público*, o que permite que o seu atuar seja conformado, para que seja adotada a solução que melhor atenda ao interesse público.

A proposta de Finzi tem como escopo conciliar o Direito Privado com o Direito Público, bem assim a coexistência da liberdade e do dever no bojo do mesmo instrumento jurídico. Tal poder discricionário seria igualmente livre e vinculado: a autonomia se aplica apenas na escolha dos meios para atingir os resultados produtivos, que são determinados pelo Estado em vista do interesse comum⁴⁰⁵. A qualificação da propriedade como um poder discricionário abre espaço para duas novas possibilidades no estudo do tema: a) o excesso e o desvio de poder no exercício da propriedade; b) a inserção da função social na estrutura da propriedade e a verificação da tutela de interesses legítimos que estão fora do círculo proprietário⁴⁰⁶.

⁴⁰³ FINZI, Enrico. *L'officina delle cose*. Scritti minori. A cura di Paolo Grossi. Milano: Giuffrè. 2013. p. 37.

⁴⁰⁴ Em crítica arguta, Giovanni Tarello aponta a mudança ocorrida na propriedade privada, citando que a proposta de abandono desta como direito subjetivo para propô-la como um poder-dever a ser exercido não em benefício do proprietário, mas da sociedade como um todo teria feito com que o proprietário assumisse as vestes de um proprietário-funcionário. (TARELLO, Giovanni. *La disciplina costituzionale della proprietà*. Genova: ECIG, 1973. p. 26-32).

⁴⁰⁵ Cf. STOLZI, Irene. Enrico Finzi: Il Contributo italiano alla storia del Pensiero. In: *Treccani Enciclopedia – Diritto* (2012). Disponível em: <[http://www.treccani.it/enciclopedia/enrico-finzi_\(Il_Contributo_italiano_alla_storia_del_Pensiero:_Diritto\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/enrico-finzi_(Il_Contributo_italiano_alla_storia_del_Pensiero:_Diritto))>. Acesso em: 17 maio 2016.

⁴⁰⁶ Cf. D'URSO, Francesco. *La proprietà*. un dibattito di primo Novecento. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012. p. 207.

Finzi era um entusiasta da doutrina social a ponto de pregar o remodelamento do Direito Privado por ela; Sforza posiciona-se no extremo oposto e ataca tanto a doutrina “socialista”⁴⁰⁷ como a doutrina social. Acusa a primeira de atacar os direitos fundamentais do indivíduo. Quanto à segunda, aduz que é um emaranhado de ideias confusas que acabam por prejudicar a tutela da propriedade⁴⁰⁸. Aqui reside o ponto fundamental de toda a crítica desenvolvida por Sforza: qualquer intervenção do Estado na propriedade – seja para restringir as faculdades do domínio ou para impor deveres de atendimento a interesses sociais – não tem o condão de mudar a sua natureza jurídica, que continua de Direito Privado. Isso pode ser afirmado mesmo no caso de desapropriação por interesse público ou social.

Em tais situações, sustenta o autor que o direito de propriedade não muda de feição para se tornar um dever ou uma função; o que ocorre é a sua substituição por um outro que surge para compensar o proprietário da perda. O que ocorre é o desaparecimento do direito de propriedade diante das funções sociais que competem ao Estado e que lhe outorgam um predomínio sobre os direitos individuais. Em síntese: a função social é exercida pelo Estado e, por conta da supremacia em relação ao particular, a propriedade privada pode ceder diante de circunstâncias excepcionais, nas quais se encontra indubitavelmente presente o interesse, surgindo o direito à indenização.

O filósofo faz uma defesa do vetor individual da propriedade privada num contexto extremamente desfavorável à sua proposta, de crescente intervenção do Estado na economia e de nascimento do fenômeno corporativo na Itália. Pode-se resumir sua linha central de raciocínio em dois tópicos: a) a propriedade é a relação entre o indivíduo e a coisa e, como tal, é essencialmente orientada para o sujeito, motor do Direito Privado; b) a negação da funcionalização da propriedade, que seria totalmente incompatível com a natureza do direito subjetivo.

Sustenta que o conceito de propriedade permanece centrado nos núcleos tradicionais do absolutismo e da exclusividade, exatamente como formulado pelos teóricos da propriedade moderna, tão grandemente criticada pelos doutrinadores contemporâneos⁴⁰⁹. Diante da centralidade do sujeito, os bens devem ser considerados tomando por base não eles mesmos, mas o sujeito, devendo ser mantida e reforçada a perspectiva do Direito Privado, enquanto

⁴⁰⁷ A palavra é colocada entre aspas com o intuito de indicar a multiplicidade de doutrinas socialistas, como ressaltado anteriormente no presente trabalho. A nomenclatura é usada de modo indistinto apenas para ressaltar a oposição do autor a elas.

⁴⁰⁸ SFORZA, Widar Cesarini. Proprietà ed espropriazione. In: *Educazione fascistas*, II, 1929, p.112, apud D’URSO, Francesco. *La proprietà. un dibattito di primo Novecento*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012. p. 208.

⁴⁰⁹ Dentre eles: RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto*. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni. Bologna: Il Mulino, 2013. GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução de Luiz Ermani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

regulador da esfera jurídica do indivíduo, e afastadas as propostas que consideram o sujeito em função dos bens, como propõe Finzi. Para Sforza, é justamente nesta perspectiva objetivista, de prevalência da coisa em relação ao sujeito, que se esconde o “cavalo de Troia” da função social da propriedade⁴¹⁰.

Combate fortemente o entendimento de que a propriedade estaria dinamizada ou enriquecida pela inserção de um elemento social no seu bojo; ao contrário, entende que isto acaba por esvaziá-la porque a função social seria apenas “um *slogan* cômodo”, sem conteúdo real. A natureza da propriedade demonstra a referida incompatibilidade: por ser uma relação entre o sujeito e uma coisa não há que se falar em imposição de obrigações a respeito de terceiros, que são alheios a ela, além de ser um direito originário, anterior ao Estado, ligado indissolúvelmente à personalidade humana e à sua liberdade, sendo impossível uma síntese entre dois conceitos opostos.

Segundo Sforza, ou a propriedade é individual e privada ou não pode ser considerada como tal, por isso, não é admissível a sua socialização⁴¹¹. O que pode ocorrer é a supressão da propriedade em prol do interesse social ou coletivo - como no caso de expropriação por utilidade pública e social - mas não a inserção de deveres no conteúdo interno do direito. Se os poderes do proprietário são confundidos ou reduzidos a deveres, na realidade, desaparece o próprio direito e este perde a sua condição proprietária.

Apesar da acirrada crítica, o autor parece fazer uma concessão à concepção da função social como limite externo, ao defender a cisão entre propriedade e a produção, conseqüentemente, entre o proprietário e o produtor. O proprietário que possui um bem que está fora do processo produtivo não tem qualquer obrigação, contudo, quando tal bem entra no processo produtivo, ele se torna produtor (ou empresário) e podem surgir deveres que estão fora do conteúdo da propriedade⁴¹².

Todas as coisas que são objeto de produção serão objeto do direito de propriedade, mas nem todas as coisas que são objeto de propriedade estão no processo produtivo. Não concebe a propriedade como um instrumento da produção, mas como um direito subjetivo, concedido em favor do indivíduo. Contudo considera que o ato de produção tem em si mesmo uma função social, mas apenas em seu aspecto externo, sem que o elemento subjetivo e voluntarista seja atacado. A propriedade é subjetiva, mas a produção é considerada como um

⁴¹⁰ SFORZA, Cesarini Widar. Codice Civile e Carta del lavoro nella definizione della proprietà. Id., *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, II, Ricerche storiche e questioni giuridiche, Milano, 1967. Apud D'URSO. *La proprietà: un dibattito di primo novecento*. Napoli: Editoriale Scientica, 2012, nota 28. p. 123.

⁴¹¹ Ibidem, p. 131.

⁴¹² Ibidem, p. 137.

centro de interesses, uma atividade dirigida a um fim social de um ponto de vista objetivo. Quando um indivíduo usa um bem, coloca-o no processo produtivo, aí reside uma função social.

Dentro de sua lógica, a concepção subjetivista permite analisar o ordenamento jurídico como um complexo de direitos e obrigações: diversamente, a concepção objetivista introduz noção da vontade do Estado como única fonte do direito. Retomando a visão pluralista do ordenamento jurídico, que tem origem em Santi Romano⁴¹³, propõe a diferença entre o Direito Privado - que emana da fonte normativa estatal - e o direito dos privados, *aquele que os particulares elaboram para regular interesses coletivos diante da falta ou da insuficiência das leis estatais*⁴¹⁴.

Parte da premissa de que existe um Direito estatal, responsável por dizer o Direito Público e o Direito Privado e o Direito não estatal, dentro do qual se encaixa o direito dos privados “complexo de normas que emanam de autoridades não estatais para regular determinadas relações jurídicas entre as pessoas a estes submetidas”, citando como exemplos os códigos de ética e deontológicos, noção esta associada à ideia de grupos organizados em torno de um objetivo comum. Toda a sua obra é permeada por dualismos: Direito estatal e não estatal; Direito público e privado; direitos e deveres; sujeito e objeto, propriedade e empresa. Esses dualismos são utilizados para demarcar as características não só dos ramos do Direito, mas também dos seus conceitos.

Para entender o seu combate à função social, é importante conhecer melhor a diferença que faz entre o Direito Privado e o Direito dos privados. No Direito dos privados, há uma relação necessariamente intersubjetiva e uma dimensão geral, pois as pessoas estão ligadas por um interesse ou vínculo comum. Na propriedade, a relação se coloca entre o sujeito e a coisa, não havendo uma relação intersubjetiva. A propriedade é um direito originário e anterior ao Estado, e antecede tanto o Direito Privado como o Direito dos privados.

Diversamente, Finzi aponta que o direito de propriedade não pode ser reduzido na relação entre o indivíduo e a coisa, sendo este apenas o seu aspecto interno, ao lado do qual está o aspecto externo, representado pela faculdade de exclusão da utilização da coisa por terceiros. O despontar da função social gera a fusão interna entre a natureza individualista do direito de propriedade e o seu carácter social, porque o objetivo é transposto para o conteúdo

⁴¹³ Cf. CERINIONI, Marta. Prime riflessioni sull'autonomia privata. *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*. n. 1/2012. p. 135. Disponível em: <http://d7.unicam.it/afg/sites/d7.unicam.it.afg/files/CERIONI_prime_riflessioni_fonti.pdf>. Acesso em: 20 maio 2016.

⁴¹⁴ Ibidem, p. 131-169.

do próprio direito, dotando-lhe de nova conformação e gerando deveres positivos ao proprietário, que pode ser constrangido a fazer um uso desta que esteja em conformidade com o interesse coletivo⁴¹⁵. A função social pertence à estrutura da propriedade e, por tal razão, direito e função não podem ser considerados como conceitos opostos e sim elementos de um mesmo instituto. Os limites à propriedade não devem ser reduzidos à imposição de um dever negativo de não prejudicar ninguém (*neminem laedere*), pois a inserção do elemento funcional gera deveres para o proprietário, anteriormente considerados apenas deveres sociais e que acabam por se transformar em deveres jurídicos.

Sustenta ainda que o declínio do absolutismo proprietário está ligado à tutela que tal direito recebe, tutela adequada num contexto em que a conservação do uso era fundamental, em especial para os bens imóveis. Com as mudanças introduzidas na economia pela circulação de valores, a utilidade dos bens passou a ser maior quanto maior a sua destinação à troca. Isso se reflete na própria tutela conferida ao proprietário que, tradicionalmente, era representada pela ação de reivindicação. Para ele, “a propriedade deixa de ser simplesmente a legitimação ativa da ação de reivindicação e se torna legitimação passiva de várias pretensões privadas e públicas: função social, logo, direito condicionado a deveres, deveres em retribuição do interesse difuso”⁴¹⁶.

Finzi defende que o valor da propriedade é tanto maior quanto mais seguramente os bens forem destinados à alienação, por isso, no interesse do proprietário, deve haver um temperamento no absolutismo da defesa tradicional da propriedade. Sforza, contrariamente, defende que deve ser garantida a máxima tutela ao direito de propriedade como forma de proteção do indivíduo e da garantia da defesa de suas posições jurídicas, em relação ao Estado e a terceiros. Por conseguinte os mecanismos clássicos de defesa da propriedade, enquanto direito subjetivo, devem ter supremacia diante de outros interesses não proprietários, pois a propriedade permanece um instituto essencialmente de Direito Privado.

Para Finzi, o Direito Privado tende ao esfacelamento, mas deverá ser recomposto por uma nova base, de carácter objetivo, deixando de ser o ordenamento do sujeito para se tornar o ordenamento dos bens. A propriedade continua no centro do sistema patrimonial, mas uma propriedade objetivada, expressão de uma função social, no que faz menção ao ideário da “*Carta del Lavoro*”, que determina que a autonomia privada no campo da produção é o

⁴¹⁵ FINZI, Enrico. Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà, In: Archivio giuridico, 1923. Apud D'URSO, Francesco. *La proprietà: un dibattito di primo Novecento*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012. p. nota 189. p. 171-172.

⁴¹⁶ D'URSO, Francesco. *La proprietà: un dibattito di primo Novecento*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012. p. 207.

instrumento mais útil ao interesse da Nação⁴¹⁷. A propriedade deve ser refundada pela natureza da coisa porque os bens são dotados de um novo significado econômico-social: não são mais considerados apenas como objeto da propriedade do particular, mas como base da organização social, o que aponta para a centralidade da coisa em detrimento do sujeito⁴¹⁸.

Vistas estas duas posições mais extremadas e antagônicas sobre a propriedade e seus fundamentos para negar ou assumir uma função social na propriedade, prosseguir-se-á na exposição do tema, exarminando-se as correntes intermediárias, para posteriormente proceder a uma síntese própria no bojo deste trabalho, cuja temática central é a função socioambiental da propriedade. Com efeito, não há que se falar em função socioambiental sem antes esclarecer sobre a existência e o conteúdo de uma função social, tema preliminar da análise proposta.

Dito isto, pretende-se agora verificar, dentre os que sustentam existir uma função social, qual é o conteúdo que lhe deve ser atribuído e, para tal, principiar-se-á pelas lições da doutrina italiana, pelos motivos já expostos anteriormente⁴¹⁹. No que tange à extensão e à natureza jurídica da função social da propriedade, existem várias acepções, dentre elas as seguintes propostas⁴²⁰: i) função social é expressão polissêmica, de conteúdo variável, cujo significado pode ser depreendido apenas a partir da interpretação sistemática do artigo 42 da Constituição italiana⁴²¹; ii) função social não pode ser verificada em abstrato, mas deve ser preenchida pelo princípio de solidariedade, aplicado de modo concreto; iii) função social é um limite externo ao direito de propriedade, que deve continuar a ser qualificado como um direito subjetivo; iv) significa ligação entre propriedade e pessoa; v) função social é a utilidade social, noção ligada à liberdade econômica; vi) a função social é um limite interno ao direito de propriedade.

⁴¹⁷ FINZI, Enrico. *L'officina delle cose*. Scitti minori. A cura di Paolo Grossi. Milano: Giuffrè, 2013. p. 41.

⁴¹⁸ Opinião também defendida por Paolo Grossi em seus escritos.

⁴¹⁹ O tema vem sendo debatido doutrinariamente desde a década de 1960, tendo passado por diversas fases de concretização no país.

⁴²⁰ As diversas correntes são assim sistematizadas por Guido Alpa e Andrea Fusaro, em obra anteriormente mencionada (ALPA, Guido; FUSARO, Andrea. *Metamorfosi del diritto di proprietà*. Antezza: Matera, 2011. p. 336-356).

⁴²¹ Art. 42:

“La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.

La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti [cf. art. 44, 47 c. 2].

La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.

La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità”.

Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

Dentro da primeira corrente, que, na verdade, é uma reunião de várias outras, parte-se da premissa de que a função social é na verdade um problema semântico. A locução admite uma infinidade de significados, variáveis conforme as tendências ideológicas ou o dispositivo constitucional ao qual está associada. Uma primeira possibilidade é atribuir-lhe um sentido lógico matemático de que a propriedade, como um instituto que nasce na sociedade, é social, portanto não pode não ter uma “função social”, expressão que seria um pleonasma. Outra possibilidade semântica é entender a expressão “função social” como a função de ser um instrumento de conservação da sociedade, de modo que a lei deveria ser voltada a garantir a propriedade, enquanto alicerce social. É possível ainda entender que a função social qualifica os meios de aquisição, uso e limites (inclusive quantitativos) que o legislador deve dar ao direito de propriedade.

Cada um dos referidos sentidos se articula com uma linha de interpretação dos artigos 2º, 3º, 4º da Constituição⁴²², em articulação com o item 3, do art. 41 do texto constitucional⁴²³, bem como com o art. 42, que trata da função social. Portanto, para esclarecer o sentido da expressão “assegurar-lhe a sua função social e torná-la acessível a todos”, prevista na Constituição, deve-se proceder à análise sucinta das possíveis conexões com os citados dispositivos constitucionais.

Uma das interpretações, de conteúdo mais liberal, articula o art. 42 com o art. 41, item 3, do texto constitucional italiano, para concluir que a expressão “tornar acessível a todos”, logo após a cláusula de função social, deve ser interpretada como uma cláusula de garantia contra a supressão da propriedade, em atenção à realização de uma igualdade de Direito Privado que garante a livre iniciativa e o funcionamento de uma economia de mercado⁴²⁴. A

⁴²² Art. 2. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Art. 3. Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Art. 4. La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.

Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società. Disponível em:

<<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

⁴²³ Art. 41. L'iniziativa economica privata é libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. “La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

⁴²⁴ Cf. TARELLO, Giovanni. *La disciplina costituzionale della proprietà*. Genova: ECIG, 1973. p. 26-32.

propriedade possui uma virtude intrínseca que, por si só, justificaria o seu reconhecimento e a sua garantia por parte do ordenamento jurídico.

Uma outra vertente diz que a garantia de desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo não se refere à tutela de posições jurídicas patrimoniais, mas, em especial, às situações jurídicas existenciais, em atenção às exigências de solidariedade do texto constitucional⁴²⁵. Logo, a propriedade não tem uma justificativa intrínseca, diversamente do trabalho, única situação subjetiva patrimonial absoluta⁴²⁶. Expoente desta tendência é Pietro Perlingieri⁴²⁷, para quem a abordagem sistemática leva à conclusão de que o salário é um direito fundamental⁴²⁸, diversamente da propriedade, que não goza de uma tutela própria, mas apenas enquanto instrumento para a realização dos objetivos constitucionais. Tal leitura é confirmada pela localização topográfica do artigo 42, inserido no título III da Constituição italiana, que versa sobre as relações econômicas. O trabalho, inserido no mesmo título, goza de maior proteção do que a propriedade, pois o mesmo “é tutelado em todas as suas formas e aplicações”⁴²⁹. Deste modo, a propriedade pode ceder diante de outros interesses não proprietários que realizam os ditames constitucionais, e aí reside a função social da propriedade. Isto implica que a disciplina jurídica da propriedade não toca apenas o proprietário, mas também a todos os outros interesses legítimos que possam entrar na sua esfera de atuação.

Para Michele Costantino⁴³⁰, a função social da propriedade refere-se aos modos de atribuição e uso dos bens. A propriedade possui uma justificativa externa e, assim, toda a sua disciplina jurídica tem que ser interpretada de modo a assegurar tal função, seja na sua atribuição ou no seu exercício. Com base nisto, não importa a titularidade do direito de propriedade, mas a verificação concreta da utilidade social deste, dos seus modos de aquisição e uso, que não gozam de uma tutela jurídica de *per si*, devendo confrontá-las com os outros

⁴²⁵ Art. 2. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Disponível em:

<<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

⁴²⁶ Art. 35. La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

⁴²⁷ PIELINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

⁴²⁸ Art. 36. Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

⁴²⁹ Art. 35. La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni. Disponível em:

<<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

⁴³⁰ COSTANTINO, Michele. Capítulo único. Il diritto di proprietà. In: GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 252-253.

interesses legítimos⁴³¹ que gravitam ao redor do interesse proprietário. Igualmente, não há relação de supremacia apriorística entre o direito subjetivo e o interesse legítimo: a maior ou menor tutela outorgada a cada um deles depende da natureza da situação concreta em análise.

Tal posicionamento defende que a função social não é uma questão meramente semântica, mas um novo elemento que modifica a estrutura tradicional da propriedade, tanto da pública como da privada, e o modo de coordenar os interesses dos particulares com o interesse geral. Sua inclusão no conteúdo da propriedade teria renovado o conceito individualista ao impor um novo conteúdo integrativo, que ultrapassa os poderes do titular do direito subjetivo.

Frise-se ainda que existem construções doutrinárias que continuam a associar a propriedade à liberdade individual, porém, mesmo nesses casos, reconhece-se a existência de uma função social, que pode ser entendida como liberdade econômica ou utilidade social. Uma destas noções, que associa a propriedade à pessoa, sustenta que o problema da função social não se coloca no plano concreto do uso e do exercício das faculdades inerentes ao domínio, mas precipuamente na esfera do “ter”, decorrente da exigência constitucional de tornar a propriedade acessível a todos⁴³². A propriedade é vista como uma projeção da pessoa e as intervenções legislativas devem ser destinadas a concretizar esse princípio, que se volta para o futuro, tratando-se de um critério para guiar as futuras intervenções do legislador, bem como para valorar concretamente a atuação dos proprietários, a fim de verificar se existe algum traço de comportamento antissocial. Enquadra-se aqui a tendência a identificar a função social com os interesses de uma especial categoria de sujeitos, que foi protegida na Constituição ou em leis esparsas⁴³³.

Por seu turno, uma outra concepção que também parte do pressuposto da propriedade como expressão da pessoa (e da sua liberdade individual) defende que a função social deve ser compreendida como utilidade social, entendida como um limite à liberdade de iniciativa econômica que pode ser estabelecido por lei. A função social não é o fundamento da

⁴³¹ Sobre a noção de interesse legítimo, ver Marco Nigro – interesse legítimo é a situação p. 161. “definição de interesse legítimo” – “[...] esso é la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell’ordinamento in ordine a un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell’attribuzione al medesimo soggetto di potere atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell’interesse al bene” (p. 1616 NIGRO, M. Giustizia amministrativa, Bologna: Il Mulino, 1979. p. 112-117 apud ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Poteri dei privati e statuto della proprietà*. I. Oggetti, situazioni soggettive, conformazione dei diritti. Padova: Cedam, 1980. p. 177.

⁴³² ALPA, Guido; FUSARO, Andrea. *Le metamorfosi del diritto di proprietà*. Matera: Antezza, 2014. p. 343.

⁴³³ Cf. PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1980. p. 176, nota 323.

autonomia privada, mas um limite constitucional e, por tal motivo, pode o legislador estabelecer limites à utilidade econômica em prol da função social⁴³⁴.

Cabe ressaltar que as vertentes acima estão intimamente ligadas à concepção que vê na função social um limite interno ou parte do conteúdo do direito de propriedade, oposta às vertentes que a classificam como um limite externo, ou que entendem a propriedade apenas como expressão da liberdade individual. A corrente que determina que a função social é um limite externo do direito de propriedade, que continua a ser assim considerada, tem em Santoro-Passarelli um de seus grandes expoentes. O doutrinador esclarece que a defesa da propriedade enquanto direito subjetivo não é fruto de um preciosismo conceitual e, na verdade, trata-se de operação fundamental para definir o que ainda reside na estrutura da propriedade, apesar de tantas inovações que a limitam e alteram⁴³⁵.

Isso deve ser feito de modo racional e sem grandes ilusões quanto à função social. Para ele, além da exigência de clareza conceitual, é necessário também estabelecer os efeitos práticos das mudanças ocorridas e dimensioná-las dentro da estrutura da propriedade, que “é poder e não função, liberdade e não discricionariedade, autonomia e não controle”⁴³⁶. Para tanto, não se deve descurar que a previsão constitucional da propriedade privada traz um sentido mais amplo do que o contido no Código Civil e compreende posições jurídicas diversas, dentre elas a propriedade pública e a propriedade privada.

A propriedade pública difere substancialmente da propriedade privada pela natureza do interesse que a anima e se configura como um poder vinculado a uma função. A propriedade privada, por sua vez, é um direito subjetivo, pois sujeito privado é livre no seu exercício, diversamente do sujeito público, que possui um *mínus*. Logo, a função social da propriedade deve ser lida de modos diversos, conforme seja a propriedade pública ou privada: a ideia de limite interno só se aplica à propriedade pública, que, em si mesma, possui uma função social; para a propriedade privada, deve ser entendida como um limite externo, posto pela lei em vista do interesse social.

No que toca à função social, no Brasil, agrupam-se duas inclinações opostas⁴³⁷. Polarizam-se tendências que compreendem a função social de dois modos: a primeira, de

⁴³⁴ ALPA, Guido; FUSARO, Andrea. *Le metamorfosi del diritto di proprietà*. Matera: Antezza, 2014. p. 348.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 342.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 342.

⁴³⁷ Dentre eles: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Andrea Leite Ribeiro de. Função social da propriedade e da posse. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Função social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 39-67; GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004; MAZZEI, Rodrigo Reis. A função social da propriedade: uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa

cunho positivista, tem justificado a função social respondendo à questão nos termos do seu paradigma de uso produtivo dos bens, sob direção do Estado. Outra corrente, de cunho político-social, vê nessa cláusula um mandado do legislador para a distribuição da riqueza, ligada aos objetivos da República de assegurar a dignidade da pessoa humana e uma sociedade livre, justa e solidária.

Questiona-se sobre a natureza da função social e sua qualificação como um princípio de solidariedade social, orientado à dinamização da atividade econômica ou como um direito subjetivo da coletividade. Existem ainda outros dois modos de conceber a função social: 1) como uma cláusula geral que permite a verificação dos comportamentos proprietários *a posteriori* pelo Judiciário; 2) a concepção que sustenta ser a lei o instrumento por excelência para realizar a função social, de modo que o seu conteúdo seria por ela determinado.

A tese prevalente é a de que a função social seria um componente *a posteriori*, a ser analisado no comportamento do proprietário, a fim de verificar se o mesmo exerceu o seu direito de modo antissocial. Tal orientação leva a uma ruptura como os esquemas tradicionais da propriedade, conduzindo o discurso a uma dimensão social que repercute nos direitos do proprietário, que deve conformar a sua atuação em busca da satisfação de interesses gerais.

Vistos os diversos expoentes e sentidos da função social, pretende-se desenvolver os argumentos destinados ao desenvolvimento ou consolidação de uma posição a ser adotada no presente trabalho. Inicialmente, cumpre esclarecer que a reflexão não se refere unicamente ao Direito Privado e ao conceito de propriedade privada, mas é também questão que tangencia outros temas e está intimamente ligada à concepção do modelo e as funções do Estado.

Principiando pelos argumentos de Direito Privado, a análise deve partir de um determinado conceito de propriedade e de uma certa concepção dos direitos reais, Neste ponto, conforme salientado no item 1.1 do presente trabalho, o seu eixo conceitual parte da noção de Honoré⁴³⁸, que sustenta ser a propriedade “o maior interesse possível em uma coisa que um sistema maduro de direito reconhece”. As bases da propriedade são a concentração em uma só pessoa do direito de uso e de exclusão de terceiros, trazendo como consectários o poder de disposição ou alienação e a imunidade contra a expropriação, que são as características fundamentais da instituição proprietária.

Maria de Andrade (Coord.). *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 377-410; PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na Pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 67; TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n. 6, p. 105, jun. 2005.

⁴³⁸ HONORÉ. A. M. Ownership. In: *Making Law Bind: essays on legal and philosophical*. New York.: New York Clarendn Press of Oxford University, 1987. p. 370-375.

Entende-se que a propriedade é a relação jurídica mais forte que existe entre uma pessoa e uma coisa, e tal relação, ainda que não seja qualificada como um direito subjetivo por todos os ordenamentos jurídicos, possui certos caracteres que se mantêm estáveis dentro de qualquer concepção de propriedade que se venha a apresentar, dentre eles a senhoria de uma pessoa sobre uma coisa, que lhe outorga o direito de usá-la como desejar e a possibilidade de excluir os demais deste mesmo uso.

No que tange à concepção de direito real, toma-se como marco teórico brasileiro Orlando Gomes e a sua teoria realista, para quem a distinção entre os direitos de crédito e os direitos reais corresponde “à realidade natural das espécies de riquezas que estão à disposição do homem, as coisas e os serviços”⁴³⁹. Quanto ao direito de propriedade e sua estrutura interna, dispõe expressamente que o “poder de utilização da coisa, sem intermediário, é o que caracteriza o direito real”⁴⁴⁰. No que se refere à doutrina italiana, utilizar-se-á a definição de Sforza, que entende que a propriedade é uma relação entre o sujeito e a coisa, afastando a ideia de uma relação intersubjetiva.

Como é sabido, existem duas grandes tradições jurídicas relativas aos direitos reais e às titularidades: uma ligada à tradição romanista e outra vinculada à *Gewere* germânica. Estes modelos tratam de modo diversos a atribuição proprietária e os vínculos jurídicos que definirão os direitos reais. Nas definições romanistas, permanece central o poder de excluir terceiros do uso do bem; para a *Gewere*, a ligação física do sujeito com o bem é o aspecto central na taxonomia da propriedade⁴⁴¹.

A distinção é importante porque a definição de direito real, que é tida como base do presente estudo, refere-se precipuamente à relação de senhorio e poder que se estabelece entre o proprietário e bem, propondo-se que a dimensão da exclusão de terceiros é externa e não faz parte do direito. Por isso a função social não pode ser qualificada como um conteúdo interno do direito de propriedade, pois, neste aspecto, o que existe é a relação entre sujeito e objeto, surgindo a relação com os terceiros no seu aspecto externo, único aspecto no qual seria possível inserir uma suposta função social da propriedade enquanto limite.

Todavia tal papel já é desempenhado pelas limitações administrativas, estabelecidas em prol do interesse público. A função social, justamente por dizer respeito ao proprietário no

⁴³⁹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 6.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 5.

⁴⁴¹ Sobre as diversas tradições, Miguel Nogueira de Brito sustenta ser contradição entre elas apenas aparente e defende que a contraposição entre os dois sistemas não é absoluta, existindo, na verdade, um maior e verdadeiro conflito entre a dimensão individual e social propriedade, representada pelo pensamento aristotélico-tomista e a ruptura efetuada pela modernidade subjetivista (*Propriedade Privada*. Entre o privilégio e a liberdade. Lisboa: FFMS, 2010. p. 11).

seu tratamento com terceiros, não pode se configurar como um elemento interno. Trata-se de elemento que não faz parte do direito porque a propriedade é a relação entre uma pessoa e sua obra, uma relação entre uma pessoa e um bem, relação que surge de uma ordenação da razão proveniente da lei natural do “não roubar”⁴⁴² e dos ditames de justiça que pretendem atribuir a cada um o que é seu. O sentido teológico é externo à propriedade – está fora da relação entre a pessoa e o bem, colocando-se entre a pessoa e a coletividade.

A questão fundamental está em saber em qual momento tal sentido teleológico deve ser verificado. Analisá-lo *a posteriori*, tendo por base o comportamento do proprietário em ponderação com outros interesses legítimos que se coloquem diante das circunstâncias concretas, enfraquece a segurança proporcionada pelo reconhecimento da propriedade enquanto instituição jurídica, pois o seu conteúdo pode ser preenchido de modo variado, ao sabor dos acontecimentos do momento.

De outra parte, sustenta-se que a propriedade é um direito fundamental e, como tal, não pode ser suprimido pelo Estado. Tendo em vista a sua fundamentalidade e a indefinição característica da fórmula da função social, nota-se que esta última pode ser facilmente utilizada para favorecer os mais diversos interesses, inclusive para enfraquecer a garantia da propriedade. A questão passa não só pela estrutura do direito de propriedade e pela sua própria definição, mas tangencia também a autonomia privada e a intervenção do Estado, senão vejamos.

A base da propriedade privada funda-se na ideia de que um objeto deve pertencer a um indivíduo com a exclusão de todos os outros. A atribuição a cada indivíduo de poderes sobre uma coisa, que fica sujeita integralmente aos seus interesses, torna possível a convivência social, e o respeito a esses direitos individuais realiza também o interesse coletivo. O ponto controvertido está na limitação excessiva dos poderes do proprietário, ao ponto de lhe serem impostas obrigações positivas ou um conteúdo promocional que, na realidade, deveria ser exercido pelo Estado através de incentivos e da regulação adequada da economia.

A propriedade está associada à liberdade, o que a torna um direito fundamental digno de tutela e atribui ao proprietário a possibilidade de fazer tudo o que não for proibido pelo ordenamento, portanto, condicioná-la ao cumprimento de uma função social provoca o

⁴⁴² Para São Tomás de Aquino, a promoção do bem comum exige o respeito à propriedade privada pelo respectivo direito. A usurpação do bem do outro contra a vontade do proprietário é um roubo e qualquer forma de reter injustamente o bem do outro, mesmo que de acordo com a lei civil, viola o mandamento de não roubar. Na Suma Teológica, o furto e o roubo estão inseridos nas “Partes subjetivas da justiça”, quando são apresentados os vícios opostos à justiça comutativa (RAMPAZZO, Lino. *Propriedade capitalista versus propriedade humana: a reflexão de Santo Tomás retomada por Mounier*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1e9b64527e41c736>>. Acesso em: 31 ago. 2016).

aniquilamento do próprio direito subjetivo, que é essencialmente individual. O direito de propriedade pode sofrer limitações, mas tem uma existência originária, pois o seu fundamento está fora e é anterior ao próprio Estado.

Trata-se de direito subjetivo que tem um vínculo indissolúvel com a pessoa humana. Apesar da diversidade de culturas e manifestações, há um conteúdo mínimo que o define. Muito embora sua aplicação requeira adaptações à multiplicidade de condições de vida, segundo os lugares, as épocas históricas e as condições, o direito de propriedade tem um núcleo mínimo de apropriação, que consiste na relação que se coloca entre o sujeito e a coisa. Todavia, enquanto instituição, permanece sob o fluxo de ideias e dos costumes, que podem lhe dar diversas configurações ou concepções.

De outra feita, é bem verdade que autonomia privada pode ser limitada – tanto nos modos de uso e de disposição das coisas que são objetos do direito de propriedade – nos casos em que se encontrem presentes razões suficientemente forte, que justifiquem a supremacia do interesse público ou coletivo. Porém, o conteúdo da função social não deve ser preenchido de modo a anular as características essenciais da propriedade, o que ocorre quando se insiste na função social como um elemento interno da propriedade privada, caso em que a função social transforma a propriedade: de *ius a mínus*, tornando-a um contrassenso.

Entende-se por *mínus* um conjunto de funções que são obrigação de um indivíduo e acabam por ser impostas ao proprietário, que passa a ser denominado de “proprietário-funcionário”. Tal proceder a descaracteriza, transformando-a num instituto de Direito Público, sujeito cada vez mais à intervenção do Estado, o que configura uma violação à garantia constitucional da propriedade privada e um primeiro passo para uma socialização do mesmo. Não por acaso Karl Renner, ao escrever sobre o instituto (1904), reflete sobre um modo de mudar a função do mesmo sem alterar-lhe visivelmente ou substancialmente a estrutura, e coloca a seguinte pergunta: “é possível, mantendo intocada a sua estrutura, mudar a função econômica e social da propriedade?”⁴⁴³.

Vistas as polêmicas acerca do conteúdo da função social, e demonstrados os limites da dogmática na elaboração de um conceito de propriedade socialmente adequado, entende-se que, diante da impossibilidade de se definir um conteúdo, a fórmula deve ser lida nos seguintes termos: a propriedade privada cumpre uma função social pelo seu reconhecimento no texto constitucional e bem assim quanto aos modos de apropriação de bens e atribuição de

⁴⁴³ Cf. PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà. Storia come evoluzione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 186.

titularidades reais pelo Código Civil⁴⁴⁴. Logo, as limitações impostas pela função social, por serem externas ao conceito, não têm o condão de alterar o direito de propriedade.

A função social, antes de mais, é um *prius* em relação ao reconhecimento da propriedade e não apenas um *posterius* em relação ao seu exercício, o que significa dizer que na atribuição de titularidades pela Constituição está o reconhecimento de sua função social. Não se argumente contrariamente com o fato de que o Código Civil brasileiro traz igual dicção, porque o seu conteúdo limita-se a evitar o uso antissocial do bem, tratando-se de limitação negativa e externa, decorrente das exigências do bem comum, e não da imposição de deveres positivos ao proprietário, sob pena de grave violação à sua liberdade.

A dicção constitucional refere-se não apenas ao direito subjetivo, mas à garantia da propriedade privada. Esta também é a leitura de Antonio Gambaro⁴⁴⁵, que tem feito severas críticas ao instituto da função social ao defender que propriedade continua a ser um direito subjetivo e que, portanto, não pode haver intromissões no conteúdo mesmo do direito, apenas limitações externas⁴⁴⁶. Em abono a tal posicionamento, pode-se incluir Widar Cesarini Sforza, já mencionado no presente trabalho, além de Giovanni Pellerino⁴⁴⁷, que propõe uma função estrutural da propriedade em substituição à função social, além de Maria Elisabeth Moreira Fernandez, em Portugal⁴⁴⁸.

Gambaro sustenta a inutilidade da fórmula da função social, que estaria fadada ao desaparecimento por não possuir um conteúdo concreto. O doutrinador aponta que esta foi elaborada para regular os fundamentos da atribuição dos bens, como uma orientação para as escolhas que o ordenamento jurídico deva fazer, quando da atribuição dos bens a cada um (e do seu estatuto). Por isso, quando aplicada de modo apartado das escolhas atributivas de cada ordenamento, ou seja, aplicada quando a propriedade já está nas mãos de cada um dos indivíduos, - em um momento posterior ao reconhecimento da propriedade privada - traz mais

⁴⁴⁴ GAMBARO, Antonio. *Note introdutive*. XXV Conferenza Internazionale dell'Osservatorio "Giordano Dell'Amore" sui rapporti tra diritto ed economia: Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI. Milano: Fondazione Cariplo, 2012. p. 8.

⁴⁴⁵ GAMBARO, loc. cit.

⁴⁴⁶ Contrariamente, em defesa das restrições públicas em favor da função social da propriedade FRIEDMANN, Wolfgang. *El derecho en una sociedad en transformación*. Traducción de Florentino M. Torner. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1966. p. 91.

⁴⁴⁷ Cf. PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà. Storia come evoluzione*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 153.

⁴⁴⁸ FERNANDEZ, Maria Elisabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada*. (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das 'leis-reserva' portadoras de vínculos ambientais. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 189.

problemas do que soluções, em face da ausência de determinação precisa do seu conteúdo⁴⁴⁹.

No plano teórico, a construção é útil para indicar o afastamento da concepção absoluta do direito de propriedade, mas, enquanto fórmula geradora de regras jurídicas, não pode exercer um papel efetivo⁴⁵⁰. A atribuição da propriedade individual a alguém já resulta de uma escolha feita pelo ordenamento jurídico, que considera determinada apropriação ou especificação digna de tutela. Logo, se a propriedade já foi atribuída ao indivíduo mediante o reconhecimento constitucional de um direito subjetivo, não é possível proceder a uma nova conformação, sob pena de violação da legalidade e da própria garantia constitucional da propriedade privada.

Em igual sentido, Giovanni Pellerino sustenta que, apesar dos diversos conteúdos e propostas destinados a preencher a fórmula da função social, a impossibilidade de estabelecer um sentido unívoco ao conceito acaba por demonstrar a sua inutilidade. A essência do conceito de propriedade não passa pela função social, mas pelo papel que a propriedade ocupa na sociedade hoje, portanto seria mais adequado falar em uma função estrutural da propriedade. A formatação jurídica da propriedade como um direito subjetivo confere à economia os pressupostos que permitem o seu funcionamento e, ao direito, o critério para fazer escolhas, tendo por base o binômio “ter ou não ter”.

Por conta disso, tendo em vista o papel desempenhado na sociedade atual, propõe que o conceito seja deixado de lado em prol de uma função estrutural, indicando a função que esta desempenha no contexto social. Juridicamente, o citado binômio se apresenta com três dimensões estruturais, cada qual com uma escolha diversa⁴⁵¹: i) dimensão material: definição do que pode ser objeto do direito de propriedade; ii) dimensão temporal: atribuir juridicidade às expectativas e poderes do proprietário, garantindo-lhe proteção; iii) dimensão social: a pacificação social gerada pela institucionalização do consenso acerca do “*meum*” e do “*tuum*” (consenso entre o proprietário e os não proprietários sobre a propriedade).

Maria Elisabeth Moreira Fernandez⁴⁵² parte da premissa de que o Direito Privado é o campo da liberdade, de conceder aos particulares um poder critativo do direito. Por conta disto, a função social apenas pode ser interpretada como um elemento externo ao direito de

⁴⁴⁹ GAMBARO, Antonio. Note introdutive. *XXV Conferenza Internazionale dell'Osservatorio "Giordano Dell'Amore" sui rapporti tra diritto ed economia: Fra individuo e collettività*. La proprietà nel secolo XXI. Milano: Fondazione Cariplo, 2012. p. 11.

⁴⁵⁰ GAMBARO, loc. cit.

⁴⁵¹ PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà*. Storia come evoluzione. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 217.

⁴⁵² FERNANDEZ, Maria Elisabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada*. (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das ‘leis-reserva’ portadoras de vínculos ambientais. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.189.

propriedade, um elemento finalístico que não faz parte do seu conteúdo. A intervenção legislativa do Estado na propriedade deve ser limitada para não descaracterizar tal direito e, por conseguinte, quando o Estado intervém em prol do interesse público e impõe vínculos à propriedade, tais restrições devem ser indenizadas ao proprietário, pois apresentam um conteúdo claramente restritivo de um direito fundamental.

Por outro lado, atribuir a este o dever de atuar sempre e dirigir todos os setores da economia redundará num Estado ineficiente. Em síntese: o Direito Privado tem como objetivo assegurar aos particulares o pleno desenvolvimento de sua autonomia, portanto deve ser excluída toda intervenção estatal na propriedade que não seja devidamente motivada⁴⁵³. Tratando-se de um direito subjetivo individual, cabe ao Estado promover a liberdade através de estímulos, criando condições para que os indivíduos exerçam as suas potencialidades, a fim de que exista um número cada vez maior de proprietários.

A questão precípua está em saber o quanto a garantia constitucional da propriedade é enfraquecida pelas constantes intervenções do Estado. John Finnis⁴⁵⁴ aponta quatro fundamentos específicos que podem embasar restrições aos direitos fundamentais pelo Estado: i) garantir um direito ou uma liberdade individual; ii) preservar bons costumes ou moralidade; iii) garantir o respeito à ordem pública; iv) promover o bem comum.

Sendo a propriedade a mais forte relação que existe entre o homem e uma coisa e que concretiza, juridicamente, o ato apropriativo ou de especificação, determinados fatos econômicos são tipificados e tomam uma roupagem jurídica, cujo objetivo é satisfazer as necessidades que surgem no cotidiano, na vida prática das relações. E a maior dessas necessidades é a busca por estabilidade, pois o reconhecimento da propriedade tem como consequência imediata a instalação de uma certeza que garante a segurança jurídica, a certeza de que a coisa outorgada ao proprietário o foi de modo cabal e é forte para subsistir e gerar responsabilidades⁴⁵⁵. Sob tal perspectiva, a função social da propriedade não seria oriunda do ditame constitucional de solidariedade, mas da proteção à livre iniciativa e da necessidade de reforçar a confiança e proporcionar estabilidade social e, também, um maior incremento das relações negociais.

Sobre o tema, são salutares as lições de Hernando de Soto⁴⁵⁶ que, em sua obra, “O

⁴⁵³ ADDIS, Fabio. Fonti legali della proprietà privata e decentramento normativo. *Rivista di diritto civile*, Cedam, Padova, 1994, II, nota, p. 53.

⁴⁵⁴ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Rio Grande do Sul: Editora Unisinos, 2009. p. 209.

⁴⁵⁵ Cf. PENALVER, Eduardo M. Property, power and freedom. In: *XXV Conferenza Internazionale dell'Osservatorio Giordano Dell'Amore sui rapporti tra diritti ed economia*. Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI. Milano: Fondazione Cariplo, 2012. p. 20.

⁴⁵⁶ DE SOTO, Hernando. *O mistério do capital*. Tradução de Zaida Maldonado. Record: Rio de Janeiro, 2001.

mistério do capital” – um estudo empírico das economias de países em desenvolvimento –, procura demonstrar a importância de fomentar uma mentalidade proprietária nos cidadãos, através de leis que garantam a livre iniciativa, prevejam poucos impostos e facilitem a formalização de pessoas que empreendem na informalidade. O autor defende a propriedade privada enquanto instituto promotor do desenvolvimento pessoal e, conseqüentemente, do desenvolvimento econômico das nações, o que é feito através da desburocratização de procedimentos e do incentivo para o empreendedorismo não apenas individual, mas também de grupos e associações⁴⁵⁷. Assim, o fortalecimento de um sistema legal de propriedade seria não apenas um estímulo para a celebração de contratos pelo reforço da segurança das negociações, mas também permitiria um maior fluxo de capitais que transformaria os ativos dos pobres em riqueza e beneficiaria as supostas “vítimas” do capitalismo⁴⁵⁸.

Igual concepção pode-se vislumbrar em Henrich Pesch, também economista, que reconhece a importância da propriedade privada como promotora do desenvolvimento, propondo, todavia, um modelo solidarista: “enquanto o socialismo clama pela abolição da propriedade privada dos meios de produção, o lema do solidarismo é: aumente o número dos proprietários!”⁴⁵⁹. Diverso não é o posicionamento de Filippo Carli: “Mentre la proprietà privata fu un fatto prima di essere un istituto, la sua negazione è stata una teoria prima di essere una realtà: il che già dimostra che tale negazione non risponde ad esigenze di vita”⁴⁶⁰.

Cabe aqui uma observação sobre o sentido da garantia constitucional da propriedade. A propriedade constitucional apresenta conteúdo diverso da propriedade do Direito Civil e significa não apenas o direito real, desempenhando “a função de assegurar ao titular do direito um espaço de liberdade na sua esfera jurídico-patrimonial”⁴⁶¹. A Constituição brasileira prevê tal garantia da propriedade, o que significa que as posições jurídicas privadas são oponíveis ao Estado e aos demais particulares e que a função social não tem o condão de mudar tais escolhas. O reconhecimento constitucional da propriedade privada traz em si uma função

⁴⁵⁷ DE SOTO, Hernando. *O mistério do capital*. Tradução de Zaida Maldonado. Record: Rio de Janeiro, 2001. p. 179-187.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 52. O autor aponta que 80% do mundo é subcapitalizado e que as pessoas pobre não conseguem extrair vida econômica de suas construções e geral capital. Isso se dá por conta da ausência de um reconhecimento formal da propriedade privada, que vive num movimento de extralegalidade e não consegue gerar ativos dentro de uma economia produtiva.

⁴⁵⁹ PESCH, Heinrich Fr. *Ethics and the National Economy*. Translated and with an introduction by Dr. Rupert Ederer. Norfolk: IHS Press, 2004.

⁴⁶⁰ CARLI, F. Carli. La proprietà e il fascismo. In: La concezione fascista della proprietà privata (a cura della Confederazione Fascista dei Lavoratori dell’Agricoltura, Roma, 1939. p. 47. Apud D’URSO, *La proprietà privata: Un dibattito di primo novecento*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012. nota. 121. p. 151-152.

⁴⁶¹ BRITO, Miguel Nogueira de. *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: FFMS, 2010. p. 28.

social e os modos de atribuição serão os determinados pelo Código Civil, em conformidade com as escolhas atributivas feitas pelo Constituinte.

A questão da extensão da garantia constitucional da propriedade e sua diferenciação da propriedade do Direito Civil vem sendo enfrentada recentemente na Europa, em especial, pela Corte Europeia dos Direitos do Homem, conforme será visto posteriormente, questão intimamente relacionada à qualificação da propriedade como um direito fundamental e com a tutela dos novos bens e direitos. Outro ponto importante para a noção de função social é a classificação da propriedade quanto ao sujeito titular do bem jurídico: propriedade privada ou pública, bem como a categoria da propriedade coletiva, ainda pouco explorada pela doutrina⁴⁶².

Se, no que concerne à propriedade privada, é possível a exclusão da função social – ou se para caber no seu conteúdo deve ser entendida como limite externo ou função estrutural – o mesmo não se pode dizer de imediato sobre as propriedades pública e coletiva. Fundamental é esta tripartição de bens, considerados os sujeitos proprietários. Apesar da relevância dos bens jurídicos despontar como critério qualificativo destes e da sua função social, no presente trabalho, defende-se que o critério subjetivo continua a ser importante dentro da Teoria Geral do Direito.

Os manuais de Direito Civil⁴⁶³ continuam a trazer a classificação dos bens quanto aos sujeitos: bens pertencentes ao Estado, aos entes públicos, aos privados e à coletividade. Tal qualificação pode-se vislumbrar não apenas em estudos manualísticos, mas também em obras mais sofisticadas sobre o tema, como a de Miguel Nogueira de Brito⁴⁶⁴ que, em livro sobre os fundamentos da propriedade, traz a diferença entre a propriedade na relação entre os privados e a propriedade nas relações entre cidadãos e o Estado. Cada uma dessas situações merece tratamento à parte e será aprofundada em momento oportuno da presente investigação, quando da análise da função socioambiental e do suposto conflito entre a propriedade (pública, privada ou coletiva) e o meio ambiente (enquanto bem jurídico tutelado ou interesse ambiental de titularidade difusa), questão a ser analisada conjuntamente com a teoria das propriedades diferenciadas⁴⁶⁵.

⁴⁶² Sobre o tema, ver: MARINELLI, Fabrizio. *Miti e riti della proprietà*. Aquila: L'Una, 2011; MARINELLI, Fabrizio. *Gli usi civici*. Milano: Giuffrè, 2013.

⁴⁶³ Na Itália, por todos Pietro Rescigno, que, em seu manual de Direito Privado italiano, continua a trazer a classificação dos bens de acordo como os sujeitos: bens pertencentes ao Estado, aos entes públicos, aos privados e à coletividade (RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. 11. ed. Napoli: Jovene, 1997. p.471).

⁴⁶⁴ BRITO, Miguel Nogueira de. *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: FFMS, 2010. p. 33-70.

⁴⁶⁵ Cf. PUGLIATTI, Salvatore. La proprietà e le proprietà. In: *La Proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 145-309 ; ADDIS, Fabio. Fonti legali della proprietà privata e decentramento normativo. *Rivista di*

A teoria das propriedades diferenciadas sustenta ter havido a fragmentação do conceito de propriedade por conta dos diversos interesses a serem tutelados, que necessitariam de conformações legislativas diversas, o que configuraria a “crise da propriedade”. Sobre o tema, cabe recordar a lição de Sforza⁴⁶⁶, que aponta a falsa contraposição entre uma propriedade clássica individual e uma propriedade social renovada, como a origem de toda a confusão realizada pela fórmula da função social da propriedade. Com a crítica, o autor quer ressaltar o exagero na exaltação dos méritos da função e o ataque frontal à propriedade moderna, apontada não poucas vezes como a causa de todas as desigualdades e conflitos existentes na sociedade⁴⁶⁷.

A rigor, nem mesmo na França “absolutista” do Código de 1804, a propriedade foi tratada de modo tão absoluto. A tendência individualista foi relativa, como se depreende do reconhecimento dos “biens communaux”, uma espécie de propriedade coletiva atribuída aos habitantes de uma ou mais regiões, no artigo 542 do Code⁴⁶⁸, além das limitações previstas pelo bem comum no artigo 544⁴⁶⁹, sem descuidar da promulgação de leis que consagraram limitações ao direito de propriedade⁴⁷⁰.

A ideia de absolutismo assumiu desde o início significados que atenuaram a sua extensão. A tal propósito, faz-se menção à Lei de 28 de setembro de 1791, que reconhece aos proprietários rurais o direito de variarem as suas culturas e de fecharem os limites das suas terras, contanto que estas limitações não prejudiquem os direitos de outrem e estejam em conformidade com a lei. Cabe ressaltar que a faculdade de fechar os terrenos e impedir o pasto do rebanho alheio cede diante do direito de “vaine pâture” ou “parcours”⁴⁷¹, costumes imemoriais que permitiam o pasto comum em terrenos, considerados vinculativos e que deveriam ser observados pelos proprietários⁴⁷².

diritto civile. Padova: Cedam, 1994, II. p. 15-65.

⁴⁶⁶ Verificar a página 39 do presente trabalho.

⁴⁶⁷ Cf. PROUDHON, Pierre Joseph. *A Propriedade é um roubo*. Tradução de Suely Bastos. São Paulo: L&PM Editores, 1998.

⁴⁶⁸ “Article 542. Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis”. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C92858EA996420CA9F05BB378B8A>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

⁴⁶⁹ “Article 544. La propriété est 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”.

⁴⁷⁰ Cf. CATERNI, Enrico. Proprietà. In: *Tratato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*. Diretto da Pietro Perlingieri, III, 3, p. 69. Nota 135.

⁴⁷¹ O direito recíproco que os moradores da mesma região possuíam e que lhes permitia mandar os seus rebanhos pastarem nos terrenos uns dos outros, de acordo com as épocas determinadas pela lei e pelo uso, e nos lugares em que houvesse terrenos acessíveis sem sementes e frutos.

⁴⁷² ZACHARIAE, C. S. *Corso di diritto civile francese*. Napoli: Tipi di Giuseppe Carluccio, 1846. p. 225. v. 1. Disponível em:

<<https://books.google.com.br/books?id=WGLE2mubBDkC&pg=PA225&lpg=PA225&dq=legge+del+28+sette>>

Por oportuno então diferenciar os conceitos de absolutismo e ilimitação. Afirmar que um direito é absoluto significa dizer que é a relação mais forte que se pode exigir entre o sujeito e a coisa, e que este não deve ceder senão diante de razões fundamentadas no interesse público. Diante da força do direito subjetivo, é inviável estabelecer a igualdade entre este e as demais posições jurídicas de terceiros, a serem valoradas *a posteriori*, sob pena de tornar ineficaz a tutela jurídica dada ao proprietário de um bem. A propriedade, enquanto direito absoluto, significa que o proprietário exerce um poder pleno e exclusivo sobre o bem, mas não implica necessariamente a afirmação de que tal direito não apresenta limites. De fato, em tal sentido “a propriedade não é e nunca foi um direito absoluto”⁴⁷³, pois, mesmo em períodos considerados individualistas, é comum que lhe sejam impostos limites decorrentes do interesse público e da utilidade social, balizas colocadas pelo Estado no exercício do direito de propriedade em observância com o bem comum⁴⁷⁴.

As modificações ocorridas no conceito de propriedade têm levado à afirmação da crise de propriedade, ou seja, o questionamento de sua qualificação como existência da propriedade como um direito subjetivo. Dentro dessa lógica, o conteúdo do direito não existe *a priori*, pois é moldado pelos interesses não proprietários que estão ao seu redor, o que enfraquece a propriedade enquanto um direito fundamental. As mudanças sofridas não têm o condão de alterar a função desempenhada pela propriedade: viabilizar a fluência das relações econômicas e garantir a organização social.

A tutela dada pelo ordenamento jurídico à propriedade garante a previsibilidade e permite a fluência das relações sociais e econômicas. Por outro lado, é sabido que as relações de apropriação e pertencimento refletem a sistemática dos fatos e do contexto histórico no qual estão inseridos e repercutem na propriedade, a qual, apesar de dotada de um conteúdo mínimo, não possui um regime jurídico estático. Para fins de definição teórica, aplica-se a diferença entre conceito e concepção mencionada no item 1.1 do presente trabalho.

mbre+del+1791+francia&source=bl&ots=WAlJkkj-BT&sig=da0sUMp9TGPIxkhMayV8_c0yeWw&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwivicqsx47NAhUJNSYKHYJkA_sQ6AEIPzAF#v=onepage&q=legge%20del%2028%20settembre%20del%201791%20francia&f=false. Acesso em: 04 jun. 2016.

⁴⁷³ BRITO, Miguel Nogueira de. *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: FFMS, 2010. p. 25.

⁴⁷⁴ O periódico “*Il foro romano*” traz um escrito de Luigi Moccia sobre as limitações à propriedade privada no interesse coletivo, no qual o autor cita um decisão de 1780 como um exemplo da prevalência do interesse público em detrimento da propriedade privada. Trata-se do caso “*Marradiensis Praetensae Refectionis Damnorum*”, cuja decisão reconheceu indiretamente a existência de limites aos privados no uso e gozo de suas propriedades, situadas em áreas tradicionalmente destinadas a atividades desportivas ou de jogos livres de diversão popular (MOCCIA, Luigi. In: *Il Foro italiano*. Parte quinta. Monografie e varieetà. Roma, 1978. p. 57-64).

Parte-se da proposição de Honore⁴⁷⁵, que entende ser possível definir a propriedade de modo mais ou menos universal nas sociedades que alcançaram um certo grau de desenvolvimento: uma “apropriação perfeita”, comum a todos os sistemas legais em sua maturidade⁴⁷⁶, composta por onze elementos mais ou menos invariáveis nas sociedades que alcançaram algum grau de evolução⁴⁷⁷. Dentro desta lógica, a propriedade seria conceituada como o interesse mais amplo que um ordenamento jurídico reconhece sobre uma coisa.

A proposta apresentada na presente tese está em harmonia com a citada definição e defende que a concentração, em uma pessoa, de poderes de uso, gozo, disposição, exclusão de terceiros, são as características essenciais da propriedade que tendem a se manter constantes de um lugar para outro e mesmo de uma época para outra, o que traria a noção de um conteúdo mínimo (ou características mínimas identificadoras) do direito de propriedade⁴⁷⁸. A conformação desses poderes e o modo como eles são tratados por cada ordenamento jurídico é o que se denomina de concepções da propriedade.

Parte-se da premissa de que a propriedade seria a relação mais forte que existe entre o sujeito e a coisa, baseada na ideia de apropriação, o que permite a afirmação da existência de um núcleo duro na propriedade que corresponde a um mínimo de Direito Natural: o que transborda deste conceito de propriedade são as variações nas disciplinas legais dos diferentes ordenamentos jurídicos, denominadas de “concepções de propriedade”⁴⁷⁹. Cada ordenamento jurídico tem a sua própria concepção de propriedade e cada uma delas pode trazer restrições

⁴⁷⁵ HONORÉ, Anthony Maurice. *Ownership*. In: *Making Law Bind*. Clarendon Press: Oxford, 1987. p. 370.

⁴⁷⁶ Aponta Miguel Nogueira de Brito que a ideia de direito subjetivo não pressupõe necessariamente uma concepção de direito individualista e que para alguns autores seria possível falar de direitos subjetivos em uma ordem natural objetiva. Deste modo, a ideia de direito subjetivo pode fazer sentido mesmo num contexto de direito que não receba dele a sua principal fonte de legitimação (BRITO, Miguel Nogueira. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 191-192.

⁴⁷⁷ São eles: 1) o direito de possuir, que se desdobra no direito de ter o controle exclusivo e o de permanecer nele; 2) o direito de usar; 3) o direito de gerir, entendido como o direito de decidir como e por quem a coisa pode ser usada; 4) o direito ao rendimento decorrente do uso da coisa; 5) o direito ao capital, entendido como o poder de alienar a coisa e o poder de consumir, desperdiçar ou destruir a coisa; 6) o direito à segurança, como imunidade contra a expropriação; 7) o poder de transmissão ou o incidente de transmissibilidade, como direito a fazer-se suceder na posse da coisa; 8) a ausência de qualquer termo ou prazo para a permanência na posse da coisa; 9) a proibição de um uso prejudicial a outrem; 10) sujeição do bem à execução pelas dívidas contraídas pelo proprietário; 11) caráter residual ou elasticidade do direito de propriedade, que trata das regras relativas à reversão de direitos de propriedade.

(Cf. HONORÉ, Anthony Maurice. *Ownership*. In: *Making Law Bind*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 371-375).

⁴⁷⁸ Em igual sentido Stefan Mellik, para quem a expressão “direitos de propriedade” refere-se aos seguintes itens: a) uso e controle do uso da propriedade; b) alienação da propriedade; c) exclusão de terceiros; d) auferir benefícios decorrentes da propriedade (fruição) (MELNIK, Stefan. *Liberdade e propriedade*. São Paulo: Instituto Friedrich Naumann, 2009. p. 10).

⁴⁷⁹ Insere-se aqui, para alguns, a ideia da fragmentação da propriedade em estatutos proprietários: cada tipo de bem teria um estatuto que o diferencia dos outros, e que, de forma variada, incide sobre os poderes do proprietário para realizar uma finalidade social. Na propriedade pública e na propriedade coletiva, são admissíveis restrições que não são compatíveis com a natureza da propriedade privada.

mais ou menos intensas aos poderes outorgados pelo proprietário (função social), a depender de sua disciplina legal, contudo não pode negar o conceito de propriedade, entendido nos termos acima expostos.

O núcleo essencial diz respeito a uma garantia mínima deste direito e do livre exercício de suas faculdades, que não devem ser restringidas senão diante de um interesse superior que o justifique. As proibições e limitações à esfera privada podem ser albergadas na ideia de função social da propriedade enquanto um limite externo ao exercício do direito. Porém o ponto central está na medida dessas restrições, que não podem contrariar o seu conceito e privar o instituto das suas características inerentes⁴⁸⁰. Dentro de uma determinada concepção, a propriedade pode ainda apresentar múltiplas facetas, determinadas de acordo com os sujeitos (propriedades privada, pública e coletiva) e com os bens em questão (bens móveis ou imóveis, rurais ou urbanos)⁴⁸¹.

A Constituição brasileira reconhece a atribuição de titularidades proprietárias aos indivíduos, tornando-as oponíveis aos demais indivíduos e ao Estado, estabelecendo ainda função social da apropriação e da propriedade, que também pode ser entendida como uma função estrutural ou como limites a um direito individual. Por isso o estudo da garantia constitucional da propriedade avulta em importância, entendida esta como a previsão da propriedade como um direito por uma Constituição rígida, juntamente com os mecanismos que garantam o seu respeito em caso de descumprimento.

Sustenta-se que o reconhecimento da propriedade privada traz em si uma função social, decorrente da garantia constitucional. Diante disso, as restrições que podem ser feitas devem ser as menores possíveis, de modo a não limitar a liberdade individual e o empreendedorismo: leis que restrinjam muito tal direito não são legítimas e contrariam a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica. No que tange à propriedade privada, a função da apropriação em termos gerais é a mesma, contudo o regime jurídico pode mudar diante do bem jurídico em questão. Reconhecida a função social no momento de atribuição de titularidades, após a sua distribuição e qualificação como privados, públicos ou coletivos, pode-se falar em maior ou menor atuação estatal, questão relacionada à autonomia privada.

⁴⁸⁰ Tal ideia se encontra do antigo artigo 544 do Código Civil de 1916 e também no Código Civil 2002, com a diferença que este último enuncia claramente as limitações que podem ocorrer. O artigo anterior as deixava implícitas na locução “não causar dano”. Trata-se de uma mudança no modo de redigir o texto, que contudo não tem o condão de alterar a garantia da propriedade privada.

⁴⁸¹ PIERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012. p. 53; SCOZZAFAVA, Oberdan Tommaso. *Studi sulla proprietà*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 151.

A partir dessas considerações, cabe ainda verificar se há algum sentido teleológico nas propriedades: pública e coletiva, sem descurar que a qualificação de uma propriedade como privada, pública ou coletiva faz com que os bens jurídicos que são dela objetos gozem de tutelas diferenciadas.

O conceito de propriedade privada tem um mínimo identificador, fora do qual não pode ser mantido, contudo, como visto, a concepção de propriedade pode variar⁴⁸². Para Honoré, o conteúdo mínimo (ou conceito) de propriedade parte da noção de apropriação perfeita (ou incidentes-padrão), medida pelos incidentes-padrão já analisados. O conceito mínimo corresponde ao conceito de propriedade que foi enunciado no trabalho; a concepção decorre do conceito e não pode negá-lo, tratando-se dos diversos modos de regulação da propriedade, bem como das diversas propriedades que podem coexistir: pública, privada e coletiva.

John Finnis⁴⁸³ igualmente aplica a distinção entre conceito e concepção, além de defender que a inclusão de incidentes-padrão é necessária para um debate que tenha um denominador comum como ponto de partida, nos seguintes termos: “as pessoas (ou os sistemas jurídicos) que têm em comum substancialmente o mesmo conceito podem, mesmo assim, ter diferentes concepções desse direito, no sentido de que as suas especificações diferem”. As diferenças de concepções ocorrem por dois motivos: i) porque as circunstâncias que têm em mente diferem; ii) porque a especificação normalmente envolve escolhas.

Por isso propõe que todo conflito de direitos seja resolvido a partir de um padrão ou conjunto de padrões de caráter, conduta e interação humana em comunidade; depois do padrão, devem ser escolhidas as especificações de direitos que tendem a favorecer ou que são conformes a este padrão. Dentro desta lógica está inserida a proposta da presente tese e a busca de soluções para as questões tratadas a partir do binômio conceito-concepção de propriedade. Por conta da variabilidade das concepções de propriedade, nos próximos itens, pretende-se retomar a discussão da propriedade como direito fundamental no contexto da União Europeia, cujo estudo pode contribuir para o desenvolvimento de uma valoração mais adequada do conflito entre a propriedade privada e a sua função social.

⁴⁸² FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Tradução de Leila Mendes. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2007. p. 209.

⁴⁸³ FINNIS, loc. cit.

2.3 Propriedade no Direito Europeu: entre liberdade e função social

O presente item pretende descrever o diálogo entre as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos e as dos tribunais italiano e português⁴⁸⁴, com o objetivo de elucidar a discussão ocorrida entre a “propriedade-liberdade” e a “propriedade-função social”, tema do presente trabalho, além de abordar a interpretação dada à garantia da propriedade constitucional. Propõe-se uma análise de algumas decisões da jurisprudência europeia, procurando verificar eventuais conflitos e incompatibilidades, em busca de um novo estatuto proprietário europeu.

É sabido que a propriedade ocupa papel central nos ordenamentos jurídicos europeus, bem como o regime de livre iniciativa na UE e livre mercado, tratando-se de instituto fundamental, que permite a implementação da Constituição Econômica Europeia. Em tal contexto de transnacionalidade das Constituições democráticas europeias, a discussão polariza-se entre o reconhecimento da propriedade como um direito fundamental ligado à liberdade individual ou na atribuição de uma função social ao mesmo, questão que se relaciona também ao modo de interpretar a garantia constitucional da propriedade.

Não poucas vezes, os mecanismos internos se chocam com os dispositivos comunitários, gerando desencontros entre as decisões dos Tribunais Constitucionais dos países membros e aquelas provenientes da União Europeia, doravante denominada UE, no que diz respeito à propriedade. Tais disposições denotam uma tensão que pode acabar por enfraquecer a ideia da harmonização das legislações internas com as normativas comunitárias.

É importante notar que, após o período entreguerras, na Europa há um forte movimento de socialização, e as legislações em geral preveem forte intervenção do Estado na economia, até mesmo na qualidade de agente promotor de medidas para recuperá-la. Na Itália e em Portugal, os textos constitucionais são promulgados após o rompimento com regimes autoritários, tal como aconteceu no Brasil, o que reflete o perfil de Constituição desejado, de cunho garantista e com um conteúdo de publicização ou socialização. A partir dos anos 1990,

⁴⁸⁴ Entende-se que as experiências dos citados países podem ser proveitosas no sentido de promover um maior diálogo sobre o tema na esfera da UE. A promoção da abordagem comparada ocorreu na Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português, realizada em 2014, na cidade de Santiago de Compostela, o que demonstra a importância do tema e a necessidade de estudos detalhados sob diferentes óticas nacionais. Cf. MARTINS, Ana Maria; ROQUE, Miguel Prata. *A tutela multinível dos direitos fundamentais: a posição do Tribunal Constitucional Português*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XVITrilateral/PONENCIA%20PORTUGAL.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2016.

é retomada a associação da propriedade privada à liberdade, tendência que é reforçada com a UE e, posteriormente, com a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos do Homem, doravante denominada CEDH, conforme se examinará mais adiante .

Diante da necessidade de estabelecer um diálogo entre o Direito Público e o Direito privado, promover-se-á a reflexão sobre o alcance da garantia constitucional da propriedade em Portugal, e na Itália, com o intuito de verificar se no bojo da referida garantia é possível garantir posições jurídicas com valor patrimonial, dentre elas o direito de crédito e os seus mecanismos de tutela. Partindo da comparação dos dispositivos constitucionais e dos Códigos Civis, bem como de algumas decisões dos respectivos Tribunais Constitucionais e, levando-se em consideração que a propriedade é prevista como um direito econômico nas Constituições dos citados países, buscar-se-á verificar qual é a sua extensão diante da normativa europeia, que a prevê como um direito fundamental.

Um problema bastante frequente, no contexto da União Europeia, refere-se à tutela dos direitos fundamentais no constitucionalismo multinível⁴⁸⁵. Esse processo repercute nos poderes e funções dos Estados-membros e nas Constituições locais, formando-se uma intrincada rede de interdependência, na qual ambos os níveis, supranacional e local, condicionam-se e comunicam-se continuamente, numa tentativa constante de adaptação e harmonização. A questão se faz sentir de modo especial porque existem diferentes níveis de tutela dos direitos de propriedade, que trazem mecanismos de proteção diferenciados, os quais frequentemente não coincidem com os mecanismos protetivos trazidos pelos ordenamentos jurídicos nacionais.

Quanto à propriedade, cumpre esclarecer que o Tratado de Lisboa prevê em seu artigo 345 a não intervenção nos regimes proprietários previstos pelos Estados-membros⁴⁸⁶. Por seu turno, o artigo 17 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice, em 2 de dezembro de 2000, com as alterações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, consagra o direito de propriedade como um direito fundamental do indivíduo e garante a sua proteção, prevendo que a expropriação por utilidade pública deve se dar nas condições previstas por lei e pelos princípios gerais do Direito

⁴⁸⁵ A expressão refere-se a uma perspectiva na qual coexistem, no mesmo espaço geográfico, vários catálogos de direitos fundamentais, nos quais podem ser convocados diversos tribunais para garantir os referidos direitos em caso de violação ou ameaça. Para um maior desenvolvimento sobre o tema, consultar: PERNICE, Ingolf. *El constitucionalismo multinivel en la unión europea*. Traducido del inglés por Cristina Elías Méndez, 2016. Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/17_PERNICE.htm>. Acesso em: 07 mar. 2016.

⁴⁸⁶ Artigo 345.

Os Tratados em nada prejudicam o regime da propriedade nos Estados-Membros. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2016.

Internacional, salientando ainda que o uso dos bens pode ser regulado de acordo com o interesse geral. É importante esclarecer que, apenas com o Tratado de Lisboa, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia foi dotada de caráter vinculativo e passou a fazer parte do Direito da União ⁴⁸⁷. Como tal adesão não ocorreu deste o início do funcionamento da UE, ainda surgem muitas questões problemáticas e uma delas é definir o objeto e o conteúdo da garantia da propriedade nos diversos contextos locais e a possibilidade de estendê-la não só aos direitos reais, mas a outras situações jurídicas patrimoniais.

Quanto a Portugal, cabe frisar que a Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976 foi promulgada após um longo regime autoritário. O Constituinte, buscando sanar tal circunstância, logo em seu primeiro artigo, toma como base da República a dignidade humana e, posteriormente, dedica toda a Parte I do texto constitucional aos direitos e deveres fundamentais (art. 12 ao 79), trazendo em seu bojo um rol extenso de direitos e garantias. Uma distinção importante é feita entre os direitos, liberdades e garantias (art. 24 ao 57) e os direitos econômicos, sociais e culturais (art. 58 ao 79), os quais têm regimes jurídicos diversos, sendo esta a sua principal diferença.

No que tange à propriedade privada, cumpre estabelecer que a CRP não prevê expressamente tal direito com a qualificação de fundamental, tratando-o dentro do rol dos direitos econômicos, sociais e culturais. Contudo o art. 17 dispõe que o regime dos direitos, liberdades e garantias é aplicável não apenas a estes, mas pode também ser aplicado aos direitos fundamentais de natureza análoga⁴⁸⁸. Com base em tal dispositivo constitucional,

⁴⁸⁷ Com as alterações promovidas pelo Tratado de Lisboa, o artigo 6.º do Tratado de Roma passa a vigorar com nova redação, nos seguintes termos:

Artigo 6.º (ex-artigo 6.º TUE)

1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.

De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições.

2. A União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

⁴⁸⁸ Artigo 17.º

Regime dos direitos, liberdades e garantias

O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga. Disponível em:

<http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_2.1.2.html>. Acesso em: 05 mar. 2016.

abalizada doutrina⁴⁸⁹ qualifica o referido direito de propriedade privada como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, o que estenderia a este os mesmos mecanismos de tutela constitucional previstos para as liberdades fundamentais, quais sejam: i) são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas; ii) a lei só pode restringi-los nos casos expressamente previstos na Constituição, e as restrições devem ser limitadas ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; iii) as leis restritivas de tais direitos, liberdades e garantias têm que possuir o carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais⁴⁹⁰.

De outra feita, a CEDH possui carácter mais restritivo e tutela essencialmente os chamados direitos civis e políticos, ou os chamados direitos de primeira geração; os chamados direitos de segunda geração são objeto da Carta Social Europeia, porém dotados de menor efetividade e força vinculante. Em havendo conflito Constitucional português entre as normas emanadas pela UE e as internas, o n. 4 do artigo 8.º da CRP determina o primado do ordenamento internacional sobre o interno, nos seguintes termos:

As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático.

Por seu turno, o artigo 62 determina que o direito de propriedade privada é garantido a todos, bem como a sua transmissão *inter vivos* ou *causa mortis*, prevendo ainda como garantia a reserva de lei para a requisição e a expropriação por utilidade pública, além da imposição do pagamento de justa indenização. A tese majoritária é a de que a garantia constitucional, prevista no supracitado artigo, abrange a existência, a transmissibilidade e o seu conteúdo do direito de propriedade. A título exemplificativo, pode-se citar Miguel

⁴⁸⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p.526; FERNANDEZ, Maria Elisabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada*. (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das 'leis-reserva' portadoras de vínculos ambientais. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. *Propriedade e meio ambiente*. p.170.

⁴⁹⁰ Artigo 18.º

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 25 jun. 2016.

Nogueira de Brito⁴⁹¹ e a sua defesa de que a extensão da garantia abrange todo o direito privado patrimonial e não apenas os direitos reais, estando, todavia, excluídas posições jurídicas de direito público. Ana Prata⁴⁹², em posição minoritária, sustenta que a dicção do artigo 62 da Constituição portuguesa não traz qualquer menção ao conteúdo do direito de propriedade.

Superada a discussão relativa à qualificação da propriedade como direito fundamental, resta ainda a necessidade de definir qual é a extensão desta, entendida como garantia constitucional, e verificar como o Tribunal Constitucional português vem disciplinando a matéria. O artigo 1302 do Código Civil português reza que apenas “as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objeto do direito de propriedade por ele regulado”. Os direitos de autor e a propriedade industrial estão sujeitos à legislação especial (art. 1303), sendo excluídos da disciplina por ele promovida. Além disso, o artigo 1305 determina o conteúdo do referido direito, e a atribui ao proprietário o gozo pleno e exclusivo “dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas”. Da leitura do Código, pode-se afirmar que o conteúdo do direito de propriedade resulta da conformação que lhe é dada por lei, todavia o seu conceito remonta também à Constituição, que remonta à garantia constitucional da propriedade⁴⁹³.

Tal reconhecimento significa que a uma posição jurídica de Direito Privado é associado um direito subjetivo público de defesa ou manutenção dessa posição, o que repercute necessariamente na restrição de outras liberdades individuais e direitos de terceiros⁴⁹⁴. Quanto ao objeto, o Tribunal Constitucional português vem afirmando reiteradamente que a garantia do direito de propriedade, previsto no artigo 62º da Constituição, abrange não só o direito real de propriedade, os direitos reais e as propriedades intelectual e industrial, “mas também outros direitos que normalmente não são incluídos sob a designação de ‘propriedade’ tais como, designadamente, os direitos de crédito e os ‘direitos sociais’”⁴⁹⁵

Tal extensão da garantia constitucional reflete a associação entre a propriedade e a liberdade, e ressalta a função de garantia pessoal da propriedade privada, que teria como

⁴⁹¹ BRITO, Miguel Nogueira de. *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: FFMS, 2010. p. 28 e 71.

⁴⁹² PRATA, Ana. *A tutela Constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1980. p. 192-193.

⁴⁹³ BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 844.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 846.

⁴⁹⁵ Cf., por todos, mais recentemente, os Acórdãos n.º 491/02 (Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020491.html>>. Acesso em: 25 jun. 2016) e e 374/03 (Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030347.html>>. Acesso em: 25 jun. 2016).

correspetivo o direito ao recebimento dos crédito e a garantia geral que o património do devedor representa para o credor. Por tal motivo, no Acórdão 273/04, o Tribunal afirmou que “da garantia constitucional da propriedade privada se extrai a garantia (constitucional também) do direito do credor à satisfação dos seus créditos”. Dessa decisão extrai a possibilidade de extensão da tutela proprietária a situações patrimoniais, que asseguram posições relativas ao direito de crédito mas isso não implica que esta garantia, em todo o seu alcance, se transforme num direito subjetivo do credor, como se fosse a faculdade nuclear do direito de propriedade⁴⁹⁶.

Quanto ao conteúdo concreto da proteção constitucional da propriedade privada prevista pelo artigo 62, o Tribunal Constitucional reiteradamente vem afirmando que a proteção constitucional conferida pelo mencionado artigo possui natureza de direito fundamental, análoga aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, portanto goza da tutela prevista no art. 18 da CRP, conforme se depreende do supracitado Acórdão n.º 491/02:

O Tribunal Constitucional tem, na verdade, salientado repetidamente, já desde 1984, que o direito de propriedade, garantido pela Constituição, é que o direito de propriedade, garantido pela Constituição, é um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, beneficiando, nessa medida, nos termos do artigo 17º da Constituição, da força jurídica conferida pelo artigo 18⁴⁹⁷.

O Tribunal vem entendendo que “dessa dimensão essencial que tem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, faz, seguramente, parte o direito de cada um a não ser privado da sua propriedade”:

[...] da garantia constitucional do direito de propriedade privada, há-de, seguramente, extrair-se a garantia (constitucional também) do direito do credor à satisfação do seu crédito. E este direito há-de, naturalmente, conglobar a possibilidade da sua realização coactiva, à custa do património do devedor, como, de resto, se prescreve no artigo 601 do Código Civil (Acórdão n.º 451/95)⁴⁹⁸.

No citado acórdão, o Tribunal, reafirmando a jurisprudência formulada nos Acórdãos n.º 494/94 (*Diário da República*, II série, de 17 de dezembro de 1994), 516/94 (*Diário da República*, II série, de 15 de dezembro de 1994) e 128/95 declarou a inconstitucionalidade da norma constante da primeira parte do inciso I, do artigo 300 do Código de Processo Tributário, na parte em que estabelece o regime de impenhorabilidade total dos bens anteriormente penhorados pelas repartições de finanças em execuções fiscais, por violação da

⁴⁹⁶ Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040273.html>>. Acesso em: 25 jun. 2016

⁴⁹⁷ Acórdão n.º 491/02. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020491.html>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

⁴⁹⁸ Cf. Acórdão n.º 491/02. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020491.html>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

garantia prevista no art. 62 da CRP⁴⁹⁹. A tal propósito, o Tribunal Constitucional tem afirmado que o direito de propriedade, com a extensão assinalada, reveste a natureza de direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

Posteriormente, influenciado pela jurisprudência da CEDH, inseriu o princípio da proporcionalidade e a noção de confiança legítima como critérios a verificar a constitucionalidade das intervenções legislativas. Todavia, ao fazê-lo, considerada a citada extensão, o Tribunal tem também alertado para o fato de que nem toda intervenção legislativa relativa aos direitos de créditos deverá ser configurada como violadora da referida garantia, entendida em sentido amplo:

[...] não é, assim, possível afirmar que a garantia geral das obrigações pelo património do devedor, na integral dimensão em que é consagrada no artigo 601º do Código Civil, seja materialmente constitucional ou que tal garantia deva ser considerada como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias.

Com base em tal fundamento, decidiu no julgamento da alegação de inconstitucionalidade do art.12, n. 2. do Decreto-Lei n.º 67/97, de 03 de abril, por não julgar inconstitucional a referida norma, que determinava que as ações de uma determinada das sociedades desportivas apenas seriam suscetíveis de apreensão judicial ou oneração a favor de pessoas coletivas de direito público. O Tribunal entendeu não haver afronta à garantia patrimonial dos credores porque estes ficariam privados somente de parcela do património do devedor. Para que a intervenção se configure como violadora da garantia constitucional da propriedade, é imprescindível verificar o grau da intervenção, tendo por base o princípio da proporcionalidade, bem como a proteção à confiança⁵⁰⁰.

Por fim, quanto às reduções remuneratórias, previstas na Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2011) e a possibilidade de sua inserção na garantia constitucional da propriedade, o Tribunal Constitucional, influenciado pela jurisprudência da CEDH, ressaltou a necessidade de estabelecer critérios de aplicação do princípio da proteção da confiança. O primeiro deles é a geração de expectativas legítimas nos particulares, entendidas como tais aquelas fundadas em motivos justificados que induzem a esperar a manutenção de um determinado comportamento ou *status quo*. Como segundo critério, é necessário que tais expectativas tenham gerado planos de vida que tenham sido baseados em anterior comportamento estatal. Por fim, não devem existir razões de interesse público que motivem a não continuidade do comportamento que gerou a situação de

⁴⁹⁹ Cf. Acórdão n.º 491/02. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020491.html>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

⁵⁰⁰ Cf. Acórdão n.º 620/04. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040620.html>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

expectativa.

No que tange à discussão no contexto italiano, cabe ressaltar que a Constituição do país prevê o direito de propriedade como um direito econômico e não como uma garantia ou direito fundamental. Além disso, existe grande controvérsia doutrinária sobre a interpretação do seu artigo 42, que enuncia a garantia constitucional da propriedade⁵⁰¹. Sobre a questão, Antonio Gambaro afirma, com muita pertinência, as múltiplas possibilidades de compreensão do direito de propriedade, que pode ser entendida tanto como de uma categoria do pensamento jurídico e como do pensamento político, enquanto parte dos textos constitucionais⁵⁰².

O artigo 42 representaria o ideário de uma “Constituição Econômica”, uma determinação jurídica de uma ordem econômica que é conforme aos princípios morais reconhecidos pelo Estado⁵⁰³. Por sua vez, o Código Civil italiano é fortemente influenciado pela tradição francesa e pelo *Code Napoléon*. Haveria, assim, um certa incongruência ou desconformidade entre as ideologias que sustentam os dois textos normativos. Para solucionar a tensão, tem-se defendido que o art. 832, que regula a propriedade no Código Civil, constitui uma categoria ordenadora do sistema, porém dotada de elasticidade e flexibilidade, o que permite comportar no seu bojo diversas propriedades⁵⁰⁴.

A tutela da propriedade constitucional e a tutela civilista não coincidem necessariamente e possuem funções diversas, tratando-se, contudo, de expressões dos diversos papéis que as Constituições e Códigos Civis possuem hoje⁵⁰⁵, que, frequentemente, parecem sufocados entre as Cartas Constitucionais, a legislação especial e as normativas europeias e internacionais. Justamente por tais razões, sustenta-se que o conceito de propriedade do Direito Civil seria restritivo em confronto com uma perspectiva jurídico-constitucional, que englobaria também posições jurídicas patrimoniais, decorrentes do núcleo essencial do direito de propriedade.

De um modo geral, a garantia constitucional da propriedade privada, prevista no artigo 42, ainda que entendida de modo amplo, não é tradicionalmente aplicável à proteção dos

⁵⁰¹ Sobre o tema, ver: SCOZZAFAVA, Oberdam Tommaso. *Studi sulla proprietà*, Torino: Giappichelli, 2014. p. 133-160.

⁵⁰² GAMBARO, Antonio. Il diritto di proprietà. In: *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu-Messineo, continuato da Mengoni. Milano: Giuffrè, 1995. p. 29.

⁵⁰³ Cf. CARMELENGO, Quirino. *Introduzione allo studio della Costituzione Economica*. Anno accademico 2014-2015. Università di Pavia. Disponível em: <http://economia.unipv.it/pagp/pagine_personal/camerlengo/Introduzione%20alla%20costituzione%20economica.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2016.

⁵⁰⁴ PUGLIATTI. La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera). In: *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano, 1954; GAMBARO, Antonio. *Il diritto di proprietà*. Milano: Giuffrè, 1995. p. 133.

⁵⁰⁵ Cf. IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè. 1999.

direitos de crédito. Parte significativa da doutrina nega a existência de um conteúdo constitucional para o direito de propriedade privada, por entender caber ao legislador ordinário a delimitação deste direito⁵⁰⁶. Outra corrente sustenta que a garantia constitucional da propriedade está subordinada à função social⁵⁰⁷. Há também quem defenda ser a garantia ampla e abrangente do conteúdo mínimo, que inclui a noção de pertencimento do bem a um sujeito para que este faça uso do mesmo e, por conta disso, incluiria a proteção contra a perda da utilidade e do valor.

Em meio às polêmicas, é importante notar que a jurisprudência da CEDH tem influenciado fortemente as decisões da Corte Constitucional italiana, não sem grandes discussões e polêmicas. Isto ocorre porque o citado artigo reflete uma concepção liberal e individualista da propriedade, muito próxima àquela das codificações oitocentistas, nas quais a propriedade é reconhecida como um direito subjetivo inviolável, associado à liberdade. Por tal motivo, é comum as decisões da CEDH se colocarem em rota de colisão com a jurisprudência italiana, que frequentemente menciona a função social nas motivações de suas decisões⁵⁰⁸.

Inicialmente reticente, a jurisprudência italiana vem paulatinamente adequando as suas decisões aos padrões da CEDH⁵⁰⁹. Emblemático é o *leading case Maggio e altri x. Italia*, de 31 de março de 2001, no qual a Corte ampliou o conceito de bem jurídico⁵¹⁰. Os recorrentes, de nacionalidade italiana, solicitaram o reexame de suas aposentadorias para que fossem liquidadas, tendo por base a retribuição efetiva percebida nos anos de trabalho na Suíça, conforme previsão da Convenção ítalo-suíça, em 1962. A Corte de Cassação italiana manifestou-se contrariamente à concessão de pensão ao recorrente, determinando que deveria ser calculada em conformidade com o padrão então vigente, que tinha por base a noção “retribuição efetiva”.

Posteriormente, a superveniência de uma nova lei financeira (Lei n.º 296/06) alterou o

⁵⁰⁶ Maria Elisabeth Fernandez (*Direito ao ambiente e propriedade privada*). (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das ‘leis-reserva’ portadoras de vínculos ambientais. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 173) cita como expontes destas correntes Massimo Severo Gianinni (Basi costituzionali della proprietà privata. In: *Politica e Diritto*, 1971. p. 443 et seq.) e Cesare Salvi (*Il contenuto del diritto di proprietà*. Milano: Giuffrè, 1994. v. II. p. 10).

⁵⁰⁷ Cf. Guido Alpa, que aponta Gianinni e Stefano Rodotà como expoentes deste corrente. (ALPA, Guido; FUSARO, Andrea. *Le metamorfosi del diritto di proprietà*. Matera: Antezza, 2014. p. 357).

⁵⁰⁸ Neste sentido, a exposição de Antonio Gambaro, na aula intitulada “L’influenza della giurisprudenza della CEDU sui diritti interni nell’ordinamento italiano”, ministrada, em 25 de fevereiro de 2016, no Curso de Doutorado em Direito da *Università Statale di Milano*.

⁵⁰⁹ Cf. COMPORTI, M. La proprietà europea e la proprietà italiana. *Rivista di Diritto Civile*, n. I, p. 193, 2008.

⁵¹⁰ Disponível em:

<[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=1_2\(2011\)&facetNode_2=1_2\(201105\)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU665621](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=1_2(2011)&facetNode_2=1_2(201105)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU665621)>. Acesso em: 07 jun. 2016.

fator de cálculo das pensões e foi aplicada de modo imediato, o que gerou uma redução de aproximadamente 25% no valor da pensão já concedida. O beneficiário recorreu à CEDH, alegando que a mudança do método de cálculo das pensões violou o devido processo legal, e teve como consequência a privação de seus bens, em contraste com artigo 1º. do Protocolo 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que prescreve que “qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens”⁵¹¹.

A CEDH reafirmou a sua jurisprudência recente que entende que, para fins da tutela da referida convenção, o conceito de “bem” deve ser interpretado de modo extensivo para englobar tanto os bens atuais quanto os valores patrimoniais, aí incluído, o direito de crédito, mas apenas em algumas situações bem definidas. O artigo 1º da Convenção não garante de *per se* o direito a ser proprietário de um bem, assim como não garante o direito ao reconhecimento de uma pensão por atividades realizadas em um Estado diverso daquele para o qual a aposentadoria é solicitada. Um crédito relativo a uma pensão pode ser considerado um valor patrimonial, no sentido referido do artigo 1º. do Protocolo, caso tenha suficiente fundamento no direito interno, por exemplo, se confirmado por uma sentença definitiva. Demonstrados tais requisitos, pode-se utilizar o conceito de “confiança legítima” (*legittimo affidamento*), o que não ocorreu no caso em tela.

Em outra decisão, de 07 de julho de 2001, a CEDU, no caso *Agrati vs. Italia*⁵¹², fixou que, segundo os seus próprios precedentes, a noção de propriedade para os fins de violação do já citado artigo 1º. do Protocolo n.1 da convenção pode incluir valores patrimoniais e créditos. Além disso, reafirmou que, para que um crédito seja tutelado como um valor patrimonial, para fins de tutela, é necessário que o titular deste demonstre sua fundamentação no Direito interno do seu país, seja por lei ou por decisões judiciais já consolidadas nos tribunais nacionais.

No caso *Pressos Compania Naviera S.A. vs. Belgio*⁵¹³, a Corte foi chamada a decidir

⁵¹¹ Artigo 1º. Protecção da propriedade.

Qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade, a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional.

As condições precedentes entendem-se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas. Disponível em:

<http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2016.

⁵¹² CONTI, Roberto. Diritto di proprietà e CEDU. In: CONTI, Roberto (Org.). *Unione Europea e Diritti Humanos*. v. 4. Exeo Edizione (pubblicazione digitali professionali), 2012. p. 21

⁵¹³ *Pressos Compania Naviera S.A. e outros vs Bélgica, lgio*, de 20 de novembro de 199 (?), na qual se afirma que “where a proprietary interest is in the nature of a claim, the person in whom it is vested may be regarded as having a ‘legitimate expectation’ if there is a sufficient basis for the interest in national law, for example where there is settled case-law of the domestic courts confirming its existence. However, no ‘legitimate expectation’

sobre alegada violação do direito à indenização dos danos causados por um acidente naval. Inicialmente, a lei belga não previa a responsabilidade do Estado nestes casos, contudo uma decisão da Corte Constitucional belga de 1983 estendeu tal responsabilidade ao mesmo em todos os casos de acidentes navais.

Como tal decisão abriu espaço para muitas demandas em face do Estado, em 1988 o legislador publicou uma lei vedando tal responsabilização do Estado, o que gerou a extinção de todas as demandas até então não decididas, dentre as quais a dos requerentes. Por conta disto, estes recorreram à CEDH, mediante a alegação de que a falta de uma sentença de fixação e liquidação dos danos configuraria um bem tutelado pela Convenção. A Corte deu provimento ao recurso e considerou que, ainda que a lei belga não defina como direito de propriedade ou bem jurídico uma ação judicial pendente, esta pode ser albergada no art 1º. do Protocolo 1 da Convenção, porque a edição de lei retroativa por parte do Estado belga - a que extinguiu o direito à indenização enquanto a ação estava pendente - violou a confiança e as expectativas das vítimas, garantidas pelas regras gerais de responsabilidade.

Mencionando suas decisões anteriores, firmou como condição essencial, para que uma ingerência seja considerada compatível a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que a mesma tenha fundamento legal ou seja justificada pelo interesse público. Além disso, aduziu que o princípio da ponderação deve ser respeitado, de modo que cada ingerência estatal na esfera privada deve ser proporcional aos fins perseguidos, considerando-se por violado tal requisito se a pessoa interessada tiver que suportar um ônus individual excessivo.

As sentenças da CEDH afetaram alguns padrões decisórios da Corte Constitucional italiana e geraram um emprego mais difuso do princípio da proporcionalidade. Esta mudança de perspectiva – ocorrida desde 2007 com as decisões n.º 347 e 348 em matéria de justa indenização – pode ser ilustrada por uma decisão da Corte quanto à legitimidade constitucional do art. 26 do Decreto-Lei n.º 201, de 6 de dezembro 2011, que previu a imediata extinção do direito de converter notas bancárias, bilhetes e moedas em lira, ainda em circulação, privando do valor destes bens os proprietários que ainda não as haviam convertido

can be said to arise where there is a dispute as to the correct interpretation and application of domestic law and the applicant's submissions are subsequently rejected by the national courts". Cf. COOKE, Elisabeth (Ed.). *Modern Studies in Property Law*. Oxford: Hart Publishing, 2002. p. 63-64. v. 2. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=xciyDkLpOi4C&pg=PA63&lpg=PA63&dq=compania+naviera+v+belgium&source=bl&ots=SJkpSqh7Vi&sig=Ii1QM3NKipD_MIRnSHvR1rdd6hg&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwi80dPU-5XNAhVGKCYKHxaYCoYQ6AEIODAE#v=onepage&q=compania%20naviera%20v%20belgium&f=false>. Acesso em: 07 jun. 2016.

no prazo decenal até então previsto por lei ⁵¹⁴.

Chamada a se pronunciar, a Corte Constitucional italiana afirmou o valor da expectativa legítima, o que não exclui que o legislador possa assumir disposições que sejam desfavoráveis às posições jurídicas privadas, desde que não se tratem de mudanças desarrazoadas. A segurança jurídica é elemento fundamental do Estado de Direito, por isso a confiança na legalidade não pode ser violada pelo ente público. O legislador apenas pode intervir de modo desfavorável em relação às disposições da legislação anterior em duas hipóteses: em se tratando de posições jurídicas não consolidadas, ou após a justa ponderação do interesse público com os direitos dos particulares, respeitados os limites da proporcionalidade da intervenção.

Para além das polêmicas entre as categorias de direitos subjetivos, a diferença entre os direitos de crédito e os direitos reais continua a ser essencial, tratando-se de situações jurídicas subjetivas diversas: a cooperação exigida no direito de crédito não existe no direito real, o qual teria, no seu aspecto externo, um dever geral de abstenção e respeito por parte de terceiros. Além disso, os direitos de crédito precisam de um outro titular para serem satisfeitos, o que não ocorre nos direitos reais, que não se confundem com uma simples relação intersubjetiva.

O exame das decisões demonstra uma ampliação da tutela proprietária, a qual passa a englobar também direitos ou expectativas que tradicionalmente não teriam sido protegidos, dentre elas, o direito de crédito, a garantia de valor da propriedade e as posições jurídicas de Direito Público⁵¹⁵. A difusão de uma proteção, que permite também englobar os direitos de crédito e as expectativas legítimas do sujeito na garantia constitucional da propriedade, proporciona maior proteção jurídica dos indivíduos frente ao Estado, o que é especialmente relevante em ordenamentos jurídico como o brasileiro, no qual a confiança legítima dos cidadãos é desrespeitada com frequência, sobretudo, através de uma legislação confusa e

⁵¹⁴ Corte Costituzionale n.º 216/2015. Disponível em:

<https://www.unirc.it/documentazione/materiale_didattico/697_2011_1174_12172.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2016.

⁵¹⁵ A CEDH, no caso Príncipe de Liechtenstein vs. Alemanha, entendeu que a expectativa de fazer reviver um direito de propriedade que não foi exercido de fato durante muito tempo e não está incluído na garantia de não ser privado dos seus bens. Trata-se de caso em que “o principado de Liechtenstein (doravante denominado ‘Liechtenstein’) apresentou um requerimento contra a República Federal da Alemanha (doravante denominada ‘Alemanha’) relativo a uma controvérsia referente a decisões da Alemanha, durante e após 1998, para tratar de certas propriedades de nacionais de Liechtenstein consideradas como ativos alemães, tendo sido ‘apreendidas para efeitos de reparação ou restituição, ou como resultado do estado de guerra’ – isto é, como uma consequência da Segunda Guerra Mundial – sem assegurar qualquer compensação pela perda daquelas propriedades aos seus proprietários, e em detrimento a Liechtenstein”. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/08/Casos-Contenciosos-2005-Caso-Relacionado-à-Determinada-Propriedade-Liechtenstein-v.-Alemanha.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

excessivamente interventiva nas liberdades individuais.

As decisões da Corte Europeia vêm também alargando o sentido de propriedade para fins de tutela do indivíduo por meio da Convenção, indo além da noção clássica que a identifica com a coisa objeto do direito⁵¹⁶. A liberdade interpretativa da Corte denota a autonomia dos conceitos de propriedade e a heterogeneidade da categoria dos bens tutelados para os seus fins. A referida ampliação do sentido de bem tutelado⁵¹⁷ toma por base os princípios comuns aos Estados-membros e assume uma certa autonomia em relação à configuração jurídica interna dos mesmos⁵¹⁸.

A controvérsia diz respeito não apenas às questões jurídicas, mas está intimamente relacionada à decisão por um modelo de Estado e, conseqüentemente, pela escolha da tutela atribuída ao indivíduo e aos seus direitos diante das intervenções realizadas em prol de uma suposta função social da propriedade. Neste ponto, defende-se que a ampliação e o reforço da garantia proprietária devem ser valorados de modo positivo, visto que o reconhecimento do direito de propriedade como um direito fundamental e inviolável do indivíduo – contrariamente ao simples reconhecimento deste como um direito econômico - traz uma tutela mais efetiva ao seu titular e não só previne, mas também remedia os males causados pela intervenção pública excessiva no regime da propriedade.

Não é incomum que as frequentes intervenções do Estado na economia e o controle cada vez maior dos modos de uso do bens acabem por descaracterizar e, até mesmo, negar a propriedade, que acaba por se tornar um peso para o seu titular⁵¹⁹. A Corte Europeia optou por uma tutela jurídica que coloca o direito de propriedade como protagonista⁵²⁰, inclusive no que tange aos critérios interpretativos a serem escolhidos pelo legislador interno, o que pode indicar dois caminhos: 1) a adaptação a uma “visão europeia” da propriedade, através da introdução dos novos padrões interpretativos do conceito e da garantia jurídica na legislação; 2) o pluralismo proprietário, no qual coexistem as propriedades internas e a “propriedade

⁵¹⁶ Essa é a noção do Código Civil italiano: “Art. 810. Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti”. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib3.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

⁵¹⁷ Por oportuno, frise-se que, no Brasil, tal concepção já era defendida por Pontes de Miranda que aduzia entender, em sentido amplíssimo, que propriedade é o domínio ou qualquer direito patrimonial (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 9. v. 11).

⁵¹⁸ O embate traz um potencial conflito no debate europeu entre a CEDH e as Cortes Nacionais, tal como o ocorrido entre a Suprema Corte e o Presidente Roosevelt quanto ao New Deal. Cf. GAMBARO, Antonio. Note introdutiva. *XXV Conferenza Internazionale dell'Osservatorio "Giordano Dell'Amore" sui rapporti tra diritto ed economia: Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI*. Milano: Fondazione Cariplo, 2012. p. 8.

⁵¹⁹ Cf. SANDULLI, A. M. Profili costituzionali della proprietà privata. *Rivista trimestrale di diritto della procedura civile*, 1972, p. 471.

⁵²⁰ Cf. DHIMGJINI, Ina. *Il diritto di proprietà nell'ordinamento giuridico europeo*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2013/02/12/il-diritto-di-proprietà-nell-ordinamento-giuridico-europeo>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

européia”, atribuindo-se a cada qual um campo de incidência.

As decisões da CEDH reforçam o entendimento de que o direito de propriedade pode e deve ser encarado como um direito clássico de defesa contra o Estado⁵²¹. Frise-se que a própria Corte foi criada com o intuito de remediar as violações dos Estados aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, tendo nítido caráter de proteção das liberdades individuais. Tal concepção esvazia o sentido de uma função social como elemento interno deste direito, bem como a ideia de que esta seja apenas um *mínus* gerador de inúmeras obrigações para o proprietário.

De outra feita, a ampliação da tutela proprietária remete à ponderação acerca dos novos bens, já trazida por Chales Reich⁵²², e abre espaço para uma reflexão sobre a mudança no objeto do direito de propriedade e suas novas formas, em especial a imaterial, dentre elas a informação e a tecnológica, além de uma questão especialmente relevante para o propósito deste estudo que é o meio ambiente. Este de *res nullius*, passa a ser considerado um valor digno de tutela, seja pelo seu reconhecimento como bem jurídico ou interesse dotado de assento constitucional.

Dito isto, a pergunta que se coloca é como proceder diante de um conflito entre o direito de propriedade em todas as suas modalidades (privada, pública ou coletiva) e o meio ambiente, temática que será enfrentada nos capítulos posteriores da presente investigação, com o intuito de estabelecer critérios para enfrentar a tensão que pode existir entre a tutela ambiental e a garantia constitucional da propriedade privada. Para tanto, parte-se da premissa de que não existe uma superioridade absoluta do direito ao meio ambiente sobre o direito de propriedade⁵²³: a valoração deve ser feita *in concreto* e, em caso de prevalência do valor ambiental, o proprietário deve ser compensado pela perda ou privação de algumas das faculdades inerentes ao domínio.

A questão implica na análise das escolhas feitas pelo Constituinte e também pelos limites da intervenção do poder público na propriedade privada, que deve ser pautada pelo princípio da adequação. Fato é que as realidades a serem tuteladas, a título de proteção ambiental, como o solo, a água, dentre outros, frequentemente se manifestam num bem de propriedade privada. Surge o conflito de interesses quando o Estado, a pretexto de proteção

⁵²¹ BRITO, Miguel Nogueira de. *Propriedade Privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: FFMS, 2010. p. 82.

⁵²² REICH, Charles A. *La nuova proprietà*. Traduzione e introduzione di Francesco D’Urso. Torino: Giappichelli, 2014.

⁵²³ FERNANDEZ, Maria Elisabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada*. (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das ‘leis-reserva’ portadoras de vínculos ambientais. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 13.

ambiental, interfere no bem particular. Daí a necessidade de contrabalançar as garantias da titularidade, do valor e do conteúdo da propriedade privada – que se colocam como balizas para o legislador ao limitar os poderes do proprietário diante da ponderação com a proteção ambiental.

Na Itália, o conflito se reflete na própria nomenclatura utilizada para caracterizar as restrições à propriedade efetuadas pelo poder público. As intervenções em prol do interesse público podem ser apontados pelas expressões “propriedade vinculada” ou “propriedade conformada”⁵²⁴. A primeira nomenclatura é usada pela corrente que parte do pressuposto da intangibilidade dos poderes do proprietário diante do Estado, com a consequente indenização em caso de restrição. A expressão “propriedade conformada” tem como base a ideia de que as faculdades inerentes ao direito de propriedade não são intagíveis e podem ser limitadas e até suprimadas pelo Estado, sem direito à indenização.

Partindo-se da premissa de que a propriedade é a relação mais forte que pode existir entre uma pessoa e um bem, e que, por esta razão, a intervenção do Estado deve se dar nos limites estritamente necessários para garantir a proteção ambiental, a segunda parte do presente estudo versará sobre a tensão entre a liberdade, representada pelo direito de propriedade, e o valor ambiental. Principiar-se-á pelas origens históricas do surgimento do meio ambiente como bem jurídico e sua repercussão na teoria dos bens, para, posteriormente, determinar com maior precisão as consequências da interação entre a propriedade privada e o bem ambiental.

⁵²⁴Cf. ALPA Guido; FUSARO, Andrea. *Metamorfosi del diritto di proprietà*. Matera: Antezza, 2014. p. 460.

PARTE II

**PROPRIEDADE PRIVADA E MEIO AMBIENTE: ENTRE A LIBERDADE E
A PROTEÇÃO**

3 O AMBIENTE COMO BEM JURÍDICO E A TEORIA DOS BENS

3.1 A crise ecológica e o surgimento da questão ambiental

Antes de tratar da qualificação jurídica do meio ambiente como um bem ou do tratamento jurídico, convém explicar as origens mais remotas deste tratamento, que fizeram com que o ambiente de *res nullius* passasse a ser consagrado como um valor digno de tutela jurídica. Tal consagração está ligada ao surgimento e ao reforço do movimento ambientalista, defesa que repercutiu na legislação internacional sobre o tema e gerou, também, seus reflexos nos ordenamentos jurídicos nacionais e no modo de cada um solucionar a questão.

Para a correta compreensão do nível de tutela outorgado tanto ao bem jurídico ambiente em sentido amplo como aos elementos que o compõem, impõe-se um breve percurso histórico, a fim de esclarecer o surgimento deste novo valor jurídico, que é tratado pelas legislações dos diferentes países de modo não uniforme. O Direito Ambiental, que apenas vem a ser reconhecido como disciplina jurídica autônoma nos anos 1970, prega a adoção de novas políticas destinadas a regular a relação entre o homem e o ambiente.

O recurso, em sentido técnico, à nomenclatura “ambiente” remonta ao século XIX, quando começam a surgir as primeiras organizações ambientalistas: em 1865, na Grã-Bretanha, nos EUA (1883), na África do Sul (1883) e, no século XX, na Suíça (1909)⁵²⁵. Em 1909, ocorre um Congresso Internacional para a Proteção da natureza em Paris, com o objetivo de avaliar o quadro ambiental na Europa e lançar as bases para a criação de um organismo internacional destinado à proteção da natureza, o que vem a ocorrer em 1913, ano em que é criada a Comissão Consultiva para a Proteção Internacional à Natureza, que foi assinada por dezessete países, mas deixada de lado com a deflagração da Primeira Guerra Mundial⁵²⁶.

A preocupação ambiental volta a tomar força depois do Segundo pós-guerra. Economicamente, por conta da escassez experimentada no período entreguerras, os recursos naturais passam a ser entendidos como bens finitos ou economicamente escassos. Entende-se que as atividades de industrialização realizadas superariam o limite de regeneração da

⁵²⁵ SPAREMBERGUER, Raquel Fabiana Lopes. A relação homem, meio ambiente, desenvolvimento e o papel do direito ambiental. In: *Veredas do direito*, v. 2, n. 4, p. 84, jul-dez/2005.

⁵²⁶ Cf. McCORMICK, John. *Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista*. Tradução de Marco Antônio Esteves; Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992. p. 39.

natureza. Coloca-se a questão dos limites da apropriação em prol do interesse público⁵²⁷, questão que passa a ser enfrentada pelas legislações com o surgimento das organizações não-governamentais (ONGs) de índole ambiental. Pressionados pelas referidas entidades, os Estados começam a preocupar-se, de modo mais sistemático, com a proteção dos ecossistemas e com a tutela ambiental, introduzindo a temática ambiental nas suas legislações.

A preocupação ambiental alcança maior difusão anos 1960, e tem crescido nos últimos anos, contudo a questão é mais antiga do que pode parecer a uma primeira análise⁵²⁸. Se a resposta jurídica aparece com mais vigor no século XX, o mesmo não se pode dizer da preocupação ecológica e do desconforto existente nas relações entre o homem e a natureza, que remontam à Revolução Industrial. O termo ecologia foi cunhado, no século XIX, pelo biólogo alemão Ernest Haeckel (1866), discípulo de Charles Darwin, considerado o fundador teórico e pai deste ramo da ciência, ao qual definiu como a “ciência das relações entre os organismos com o mundo exterior, no qual podemos reconhecer como fatores da luta pela existência” que permitem “o conhecimento da economia da natureza”⁵²⁹.

O termo ecologia é um neologismo que surge da conexão de duas palavras gregas *oikos* (casa) e *koios* (ciência), caracterizando uma ciência do habitat, que permite o delineamento de uma nova filosofia global, o “monismo”, segundo a qual a realidade cognoscível “existe e se desenvolve sob uma lógica fundamental comum”⁵³⁰. Parte, assim, da premissa darwinista de que existiria um mesmo “espírito” em todos os seres vivos, o que pode ser demonstrado pela própria evolução das espécies. O homem, apesar de ter evoluído, ainda conservaria em si traços de outros mamíferos, o que traz também os primeiros fundamentos teóricos para o movimento animalista.

Das ideias de Haeckel, destacam-se dois eixos, que vão permear a questão ambiental até os dias atuais e que configuram o chamado paradigma ecológico: as noções de globalidade e de processualidade⁵³¹. Por globalidade entende-se a existência de múltiplas relações de

⁵²⁷ Paolo Cendon trata dos limites à ocupação e do dogma que identifica a qualidade de *res nullius* e a ocupação e aquele da coincidência entre *res alcinis* e a impossibilidade de ocupação. Sustenta que dizer que tudo o que é *res nullius* não pode ser ocupado é uma afirmação precipitada e sem fundamento porque a disciplina da ocupação pode assumir caráter geral, contudo deve ser especificada de acordo com a situação concretamente colocada em questão. (CENDON, Paolo. *Proprietà, riserva e occupazione*. Napoli: Jovene Editore, 1997. p. 49-51).

⁵²⁸ Cf. WORSTER, Donald. *Storia delle idee ecologiche*. Bologna: Il Mulino, 1994.

⁵²⁹ Cf. OST, François. *A natureza à margem da lei*. A ecologia à prova do direito. Lisboa: Fundação Piaget, 1995. p. 105.

⁵³⁰ CASCIOLI, Riccardo; GASPARI, Antonio. *Le bugie degli ambientalisti*. I falsi allarmismi dei movimenti ecologisti. Segrate: Editore Piemme, 2005. p. 28.

⁵³¹ Cf. OST, François. *A natureza à margem da lei*. A ecologia à prova do direito. Lisboa: Fundação Piaget, 1995. p. 105.

complexidade entre os diversos elementos que compõem a natureza, tratando-se a ecologia justamente da ciência do “global e do complexo⁵³²”. Por conta disto, não podem ser precisados os limites entre os mundos vegetal e o animal, que fariam parte de um todo complexo, dotado de uma vida própria, composto pelos seus elementos. A processualidade significa que os ciclos da natureza se concretizam através de constantes processos de interação e que tais processos complexos devem ser privilegiados em relação aos elementos.

Na ordem destas ideias, pode-se notar a abordagem holística aplicada ao estudo dos fenômenos naturais. A visão holística promove a interação entre os diversos elementos, que passam a ser considerados parte de um todo, que assume certa autonomia em relação aos elementos que o compõem, dotado de um certo espírito e de uma certa “vida comum” que o move e inspira. Não são apenas forças físicas e mecanicistas que movem a natureza, mas uma força comum, dotada de autonomia, que engloba todos os seus elementos de modo interdependente e que faz com que nenhum deles tenha supremacia sobre os demais.

É importante notar que tal definição confronta radicalmente com as ideias de Renè Descartes, de cunho mecanicista, que foram dominantes na Modernidade para definir as relações do homem e com a natureza. Descartes coloca o homem como senhor e possuidor da totalidade da natureza e é frequentemente associado às ideias cristãs; mas equivocadamente, porque a dominação cristã tem outras bases, conforme será explicado nas abordagens de Aristóteles e de São Tomás de Aquino.

O holismo se opõe ao método cartesiano, que explica a realidade natural apenas pelas leis da física, considerando que os seres vivos são dotados de uma força própria, de conteúdo mecanicista e determinista. O filósofo traz uma contraposição entre o homem e a natureza: esta última é considerada “*res extensa*”, uma matéria composta pela fragmentação de vários átomos, enquanto o homem é definido como “*res cogitans*”, o único ser vivo no qual a matéria se coaduna com o corpo e com a alma. Há, na espécie humana, uma conexão entre o pensamento e a matéria, que é impossível estar presente nos demais seres vivos, cuja matéria é movida apenas pelas forças físicas, pois desprovidos de alma e de intelecto⁵³³.

A visão holística tem como ponto de partida uma inspiração romântica da natureza, que influencia os naturalistas e o movimento ambientalista, que surge posteriormente. Oposta ao mecanicismo cartesiano e à física newtoniana, a supracitada tendência pode também ser

⁵³² A expressão é usada por François Ost (OST, François. *A natureza à margem da lei*. A ecologia à prova do direito. Lisboa: Fundação Piaget, 1995. p.104).

⁵³³ DELLA SETTA, Roberto. *La difesa dell'ambiente in Italia: storia e cultura del movimento ecologista*. Milano: Franco Angeli, 2000. p. 63.

vislumbrada em Alexander Van Humboldt (1769-1859), cujos relatos de sua expedição à América do Sul, entre 1799 e 1804, influenciaram fortemente Darwin⁵³⁴.

Cabe esclarecer que a Revolução Industrial e o conseqüente êxodo rural trouxeram o contexto favorável para o surgimento de movimentos filosóficos e naturalistas que exaltavam e romantizavam as forças naturais. Nos séculos XVIII e XIX, o arcadismo propunha a retomada dos áureos tempos em que o ambiente natural restava intocado pelo homem, uma forma de protesto contra a urbanização, permeada por uma perspectiva nostálgica da natureza. O retorno a uma natureza selvagem, isto é, não modificada pela ação do homem, a exaltação da vida campestre e das antigas formas de aproveitamento da natureza caracterizam o citado movimento⁵³⁵.

Pode-se notar a idealização do mundo natural em filósofos como Gilbert White⁵³⁶ (1720-1792) e David Henry Thoreau (1817-1862), considerados marcos importantes para o ecologismo contemporâneo. Gilbert White atuou como padre católico por 30 anos, na paróquia de St. Mary, em Selborne. Interessado na observação do ambiente, escreveu um livro intitulado “*The Natural History of Nature*”, uma coletânea de textos, fruto da observação da fauna, da flora e dos costumes da região, tratando-se de um dos primeiros textos nos quais a flora e a fauna são descritas como um complexo ecológico integrado, ao qual o homem deve integrar-se. A tais ideias adicionam-se outros elementos que não são essencialmente naturalistas: i) a ideia de que a providência se manifesta na Criação, incluindo os animais e os vegetais, para garantir a subsistência dos homens; ii) idealização da vida rural, retomando uma perspectiva de escritores pagãos greco-romanos⁵³⁷.

Thoreau escreveu a sua obra mais conhecida, intitulada “*Walden*”⁵³⁸, durante os dois anos e dois meses vividos, em estado de isolamento, às margens do lago que dá nome ao livro. O texto, entremeado de observações pessoais em meio a ponderações relativas à história natural e à filosofia, traz a proposta de uma vida mais simples e em harmonia com a natureza e antecipa os métodos ecológicos e as preocupações do ambientalismo. Sua proposta é um

⁵³⁴ WORSTER, Donald. Storia delle idee ecologiche. p. 11-12 apud. DELLA SETTA, Roberto. *La difesa dell'ambiente in Italia: storia e cultura del movimento ecologista*. Milano: Franco Angeli, 2000. p. 68.

⁵³⁵ Diversamente do que ocorria na Antiguidade e na Idade Média, períodos nos quais a natureza era vista como uma força a ser temida, pois ao mesmo tempo em que era a causa do sustento do homem, também poderia privá-lo da subsistência através de catástrofes naturais.

⁵³⁶ DELLA SETTA, Roberto. *La difesa dell'ambiente in Italia: storia e cultura del movimento ecologista*. Milano: Franco Angeli, 2000. p. 65.

⁵³⁷ DELLA SETTA, loc. cit.

⁵³⁸ THOREAU, Henry David. *Walden, ou, A vida nos bosques*. Tradução de Astrid Cabral. 7. ed. São Paulo: Ground, 2007. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/hdtwoavnb.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

ponto de contato entre o organicismo, o romantismo e os movimentos ambientais contemporâneos.

O organicismo (ou holismo) traz uma perspectiva integrativa do homem na natureza, dissolvendo-o em meio a uma estrutura mais complexa do que ele, mas da qual ele também faz parte. O romantismo promove a ligação direta do homem com a natureza e defende que o homem deve procurar integrar-se às regras da natureza e não subvertê-las. Assim, a visão romântica acaba por inspirar o holismo e, dentro de tal perspectiva, o evolucionismo darwiniano traz uma nova conformação, não só para a natureza, mas também para a ética.

A natureza passa a ser considerada como uma realidade orgânica que compreende inúmeros elementos; e, dentro de tal complexidade, o homem é apenas mais um entre os muitos elementos que a compõem e não o principal. Sob o ponto de vista ético, Darwin rejeita a ideia de uma moral universal elaborada por meio da razão humana. Sendo a evolução das espécies imprevisível, a moral, enquanto instrumento da luta pela sobrevivência, também o é, tratando-se de algo essencialmente variável; portanto não haveria que se falar de um ideal inato ao homem, mas de algo essencialmente variável, contextual e histórico.

Deste modo, não se pode afastar uma ética que inclua as relações do homem com os outros seres vivos, uma ética ambiental. A questão tem como pano de fundo uma discussão muito mais complexa, que remonta ao antropocentrismo e ao biocentrismo⁵³⁹ como formas de analisar as relações entre o homem e o meio que o circunda. A visão holística da natureza - sustentada pelos naturalistas e pelos movimentos ambientalistas - entra em confronto direto com o antropocentrismo judaico-cristão, até então dominante e ataca-o ferozmente, em prol de uma perspectiva ecologista.

Enquanto a perspectiva antropocêntrica é fortemente influenciada pelo Cristianismo e pelo Racionalismo de base cartesiana, a ética ecocentrista tem como fundamentos o monismo filosófico e a perspectiva globalista da ecologia, na qual a natureza é elevada ao centro da investigação e passa a ser tratada com maior reverência. Sobre o tema, emblemática é a construção de um conceito ainda mais ousado, a hipótese Gaia, cunhada por J. Lovelock⁵⁴⁰,

⁵³⁹ O biocentrismo pensa na natureza por si mesma. O ecocentrismo ou ecologismo baseia-se numa compreensão de interdependência entre os diversos elementos naturais. Para os fins do presente trabalho, opta-se pelo uso da nomenclatura ecocentrismo para expressar as diversas correntes nas quais a natureza toma o centro da preocupação, com a conseqüente rejeição do antropocentrismo, que entende que o centro é o homem. Frise-se, ainda, que, recentemente, outros movimentos ecológicos, fortemente ideológicos, têm se desenvolvido, que vão além da contradição entre biocentrismo e antropocentrismo, em especial a “*deep ecology*” (ecologia profunda), a “*shadow ecology*”, além do ecofeminismo, do ecomarxismo e da justiça ambiental. Cf JUNGES, José Roque. *(Bio)Ética ambiental*. Rio Grande do Sul: Editora Unisinos, 2010. p. 14.

⁵⁴⁰ OST, François. *A natureza à margem da lei*. A ecologia à prova do direito. Lisboa: Fundação Piaget, 1995. p. 107.

que toma por empréstimo o nome da deusa grega da terra para expressar a noção da natureza como um ente dotado de vida própria e que, portanto, deve gozar de uma proteção autônoma⁵⁴¹.

Afastando-se da concepção mitológica, o que a construção realmente pretende é a afirmação de que “a terra inteira é um único ser vivo”, ideia subjacente ao ecologismo e que se configura como seu eixo central⁵⁴². Os partidários do ecocentrismo acusam o antropocentrismo de ter promovido a objetivação da natureza e de ter defendido uma dominação desmedida do homem em detrimento dos valores ambientais. O Cristianismo teria sido o principal responsável pela separação entre o homem e a natureza, ruptura que foi reforçada pela visão racionalista do século XVIII, considerada extremista por atribuir primazia ao homem sobre todas as criaturas⁵⁴³.

Nesta perspectiva, sendo a ecologia ciência do global e do complexo, impõe-se uma visão cada vez mais integrada entre as espécies e o meio ambiente. A partir dessa nomenclatura, passou-se a dar mais ênfase ao ambiente enquanto cenário de interação de diversas criaturas, dentre elas a humana. O homem teria perdido a posição de centralidade “autoritária⁵⁴⁴”, cedendo o lugar por ele antes ocupado à natureza, enquanto estrutura complexa e multifacetada, que constitui um organismo único, que não pode ser definido por nenhum dos seus elementos individualmente considerados.

No que se refere ao antropocentrismo cristão, cabe esclarecer que ele difere sobremaneira da noção cartesiana, que também prega a dominação do homem sobre todas as

⁵⁴¹ Sobre a crítica ao ecocentrismo como religião, ver: CASCIOLO, Riccardo; GASPARI, Antonio. *Le bugie degli ambientalisti. I falsi allarmismi dei movimenti ecologisti*. Segrate: Editore Piemme, 2005. p. 150-154. ; “A hipertrofia mítica da natureza esconde uma concepção do ambiente como religião e seus integralismos, isto é, um verdadeiro ecofundamentalismo” (Cf JUNGES, José Roque. *(Bio)Ética ambiental*. Rio Grande do Sul: Editora Unisinos, 2010. p. 32); FERRY, Luc. *A nova ordem ecológica: a árvore, o animal e o homem*. Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

⁵⁴² OST, François Ost. *A natureza à margem da lei*. A ecologia à prova do direito. Lisboa: Fundação Piaget, 1995. p. 107.

⁵⁴³ “Both our present science and our present technology are so tinctured with orthodox Christian arrogance toward nature that no solution for our ecologic crisis can be expected from them alone”. (WHITE JR, Lynn. The historical roots of our ecological crisis. In: *Science*, v. 155, n. 3767, março 1967, p. 1203-1207. Disponível em: <<https://www.uvm.edu/~gflomenh/ENV-NGO-PA395/articles/Lynn-White.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2016.)

⁵⁴⁴ “I am not suggesting that many contemporary Americans who are concerned about our ecologic crisis will be either able or willing to counsel with wolves or exhort birds. However, the present increasing disruption of the global environment is the product of a dynamic technology and science which were originating in the Western medieval world against which Saint Francis was rebelling in so original a way. Their growth cannot be understood historically apart from distinctive attitudes toward nature which are deeply grounded in Christian dogma. The fact that most people do not think of these attitudes as Christian is irrelevant. No new set of basic values has been accepted in our society to displace those of Christianity. Hence we shall continue to have a worsening ecologic crisis until we reject the Christian axiom that nature has no reason for existence save to serve man. (WHITE JR, Lynn. The historical roots of our ecological crisis. *Science*, v. 155, n. 3767, p. 1207, março 1967. Disponível em: <<https://www.uvm.edu/~gflomenh/ENV-NGO-PA395/articles/Lynn-White.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2016).

coisas, contudo sob fundamento diverso. Sabe-se que, em termos filosóficos, as ideias essenciais ao Cristianismo tomam corpo nos escritos de São Tomás de Aquino que, relendo Aristóteles, o cristianiza, colocando as bases filosóficas e teológicas do pensamento cristão. Por conta disto, far-se-á aqui breve menção aos dois pensadores, a fim de esclarecer a concepção antropocêntrica cristã e diferenciá-la da noção cartesiana, bem como para esclarecer o sentido de dominação que decorre da leitura do livro do Gênesis, combinadas com as definições aristotélicas.

Em seu estudo, conhecido como “Metafísica”, Aristóteles afirma expressamente que “o todo é maior do que a soma das partes”, o que caracteriza uma perspectiva holística da natureza⁵⁴⁵. O homem, enquanto ser racional, faz parte da natureza, mas com ela não se confunde, e por isso deve ser estudado de modo separado. No “Organon”⁵⁴⁶, propõe o homem enquanto objeto de estudo, uma vez que o seu modo de pensar e viver não se limita aos processos naturais, sendo certo que este se distingue das outras espécies pela linguagem, que é o fundamento da comunicação entre os seres humanos. A natureza está a favor do ser humano e diferencia os homens dos animais. O homem é um animal político, que nasce para viver em coletividade e, por meio da vida na *polis*, desenvolve as virtudes necessárias para uma vida feliz.

São Tomás de Aquino, partindo das relações de causa e efeito que determinam a configuração do mundo natural e as ações humanas, afirma que existe um direito geral do homem sobre a natureza⁵⁴⁷, direito este decorrente do domínio divino sobre todas as coisas, que permite que o homem desfrute dos bens naturais para garantir a sua subsistência. O homem, criado à imagem e semelhança de Deus, espelho da perfeição, recebe do criador o domínio sobre as coisas criadas.

Tal domínio possui fundamento no Direito Natural que cada ordem da natureza possui em relação às ordens inferiores, pois “o mais imperfeito é para o mais perfeito”⁵⁴⁸, contudo o seu exercício é iluminado pelo uso da razão, que não existe nos animais, o que garante o uso equilibrado dos recursos disponíveis, em conformidade com as leis naturais e os padrões de

⁵⁴⁵ Cf. DELORT, Robert; WALTER, François. *Storia dell'ambiente europeo*. Bari: Dedalo, 2001. p. 67-68.

Disponível em:

<<https://books.google.com.br/books?id=eZRNzql9IiOC&pg=PA67&lpg=PA67&dq=crizia+e+storia+dell'ambiente&source=bl&ots=TVRh1DPOH0&sig=4xrM7kYOqFx8wiJn9utcKa8INXI&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjsktKg7Y3LahVDi5AKHYtoDCEQ6AEIHTAA#v=onepage&q=crizia%20e%20storia%20dell'ambiente&f=false>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

⁵⁴⁶ DELORT, loc. cit.

⁵⁴⁷ TOMAS DE AQUINO. *Suma teológica*. Questão 66. Disponível em: <<http://hjj.com.ar/sumat/a/c66.html>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

⁵⁴⁸ TOMAS DE AQUINO, loc. cit.

justiça universalmente aceitos. Explicadas algumas das premissas do antropocentrismo cristão, seus defensores também apontam severas críticas ao ecocentrismo, dentre elas a perda da centralidade do homem enquanto ente racional em detrimento de um conjunto de elementos que se configura como meio ambiente, mas que não é dotado da mesma dignidade humana, tratando-se apenas do “contexto” na qual a personalidade humana se desenvolve.

Atribui uma centralidade a um ente que não possui uma existência real, senão como um conjunto de elementos que compõem um sistema natural. Por outro lado, em resposta à crítica de que o antropocentrismo fundamenta a própria filosofia cristã, que considera a supremacia do homem sobre as demais criaturas - e que deve usar a natureza para o seu sustento -, ressalta que o ecocentrismo, por seu turno, tem base pagã, em especial no que se refere à associação grega aos elementos da natureza e as divindades que a controlam. Se no antropocentrismo o homem está no centro e este é visto como criatura sagrada; no ecocentrismo, a própria natureza, enquanto tal é tratada também com ares de sacralidade e considerada digna de proteção como “ente autônomo”, o que remonta a características ou elementos que, também, se não possuem um conteúdo propriamente religioso, aproxima-se sobremaneira dele em seu caráter mitológico⁵⁴⁹. Assim, se o cristianismo pode ser criticado por trazer um elemento transcendente, representado por uma inteligência superior, a presença de um Deus criador de todas as coisas, semelhante crítica pode também ser desferida ao ecocentrismo, que coloca a “Mãe Terra” no centro das preocupações. Apesar da crítica, continua presente o elemento religioso, não da figura do Deus Pai cristão, que é substituído por uma figura materna, a Mãe Natureza, que remonta às religiões pagãs da Grécia⁵⁵⁰.

⁵⁴⁹ TOMAS DE AQUINO. *Suma teológica*. Questão 66. Disponível em: <http://hfg.com.ar/sumat/a/c66.html>. Acesso: 14 jun. 2016.

⁵⁵⁰ Sobre o tema: “E sotto la voce Terra: In tutte le religioni pagane, la Madre Terra occupa un posto molto importante [...] La Terra è una divinità femminile, materna, con la sola eccezione nota della religione egiziana, dove la Terra è un dio, Ged, e il Cielo è una dea, Nut, sua sorella e sposa, da cui sono nati Osiride e Iside, gli dei più amati dagli Egiziani. La Terra è una dea, o è abitata da un dea, o da più dei che agiscono assieme. È piena della presenza divina e perciò degna di essere adorata”(CASCIOLI, Riccardo; GASPARI, Antonio. *Le bugie degli ambientalisti*. I falsi allarmismi dei movimenti ecologisti. Segrate: Editore Piemme, 2005. p. 151). François Ost menciona ainda a Gaia Generatrix das origens e o mundo de Pan, que induz ao universo pré-lógico, de união de todas as coisas antes de sua separação: “O mundo de Pan é o de conteúdo de um contínuo resvalar dos deuses em homens e de homens em animais, um mundo sem fronteiras, onde ‘tudo está em tudo’, um mundo de correspondências infinitas no seio da mãe natureza, a antiga *Gaia generatrix*. Pan é o guardião das grutas de Gaia, o intermediário da natureza inesgotável. Esta sacralização da natureza faz-nos reconciliar com as raízes das mais antigas civilizações, com o tempo em que o mundo ainda não estava desencantado, e em que a Aliança entre o homem e o cosmos ainda não estava enfraquecida. Poder-se-ia evocar, por exemplo, no que se refere à tradição judaico-cristã que, na história de Noé, assinala o fim do dilúvio – paradigma de todas as catástrofes ecológicas –, e a reconciliação entre o homem, a natureza e Deus. Mas convém dizê-lo claramente, as grandes religiões monoteístas, como a religião judaica, o cristianismo e o islamismo baseiam-se na separação (e, eventualmente, na aliança subsequente) e não na fusão panteísta. (Cf. OST, François. *A natureza à margem da lei*. A ecologia à prova do direito. Lisboa: Fundação Piaget, 1995. p. 172).

Retornando o percurso histórico que vem sendo delineado, as inspirações acima expostas fazem surgir nos Estados Unidos e na Europa, já no século XIX, alguns grupos ecológicos que, inicialmente organizados de modo informal, vieram por se organizar de modo a criar organizações de proteção da natureza, tais como, o *Sierra Club* (1892), nos Estados Unidos e a *National Trust* (1895), na Grã-Bretanha. Pode-se citar ainda a criação do primeiro parque nacional, de Yellowstone, no Wyoming (1872).

Na América, têm-se ainda outros grupos desorganizados⁵⁵¹, que surgem como forças de pressão para provocar mudanças nas políticas públicas. Esta primeira fase de protesto ocasiona a tomada de algumas medidas por parte dos poderes públicos, dentre elas alterações na estrutura administrativa do Estado e publicação de novas leis. Em 1849, é criado um órgão governamental, o Departamento do Interior, que diversamente das instituições europeias do mesmo gênero, que eram ministérios com atribuições somente de polícia; nos EUA, ao órgão foi atribuída uma função promocional, sendo a ele outorgados o cuidado com os recursos naturais, das terras federais e a proteção dos índios⁵⁵².

Na Europa, a preocupação ambiental começa na Grã-Bretanha. Em 1863, surge a primeira lei de amplo espectro contra a poluição do mundo, ano em que também é criado o primeiro órgão estatal de controle da poluição. O protagonismo observado na Grã-Bretanha não ocorre apenas no setor público, vindo a ocorrer também no setor privado, tanto que, em 1865, é fundado o primeiro grupo privado de ambientalistas do mundo, o *Commons, Footpaths, and Open Spaces Preservation Society*⁵⁵³. Os movimentos de protesto continuam com os questionamentos relativos à bomba de Hiroshima, ao DDT⁵⁵⁴, passando pelo problema do crescimento populacional e seu impacto no meio ambiente, até que, na década de 1960, tais movimentos ambientalistas passam a se desenvolver de modo mais organizado⁵⁵⁵.

Influenciado pela revitalização do movimento estudantil na França, com a Revolução de maio de 1968, e impulsionado pelo surgimento das ONGS, os movimentos estudantis

⁵⁵¹ NEBBIA, Giorgio. Scritti di storia dell'ambientalismo 1970-2013. (a cura di Luigi Piccioni). In: *I quaderni di Altronevecento*. Numero 4. Brescia: Fondazione Luigi Micheletti, 2014. p. 229.

⁵⁵² NEBBIA, loc. cit.

⁵⁵³ McCORMICK, John. *Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista*. Tradução de Marco Antônio Esteves; Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992. p. 1.

⁵⁵⁴ Em 1962, Rachel Carson, em livro intitulado "*Silent Spring*" (Primavera silenciosa), lança um alerta sobre o uso indiscriminado de pesticidas, os quais provocariam graves efeitos ambientais. A obra provoca grandes polêmicas e debates, não apenas nos EUA, vindo a se tornar um dos expoentes do movimento ambientalista. Cf. BONZI, Ramon Stock. Meio século de Primavera silenciosa: um livro que mudou o mundo. In: *Desenvolvimento e Meio Ambiente*. Revista do Programa de Pós Graduação em Meio Ambiente e Desenvolvimento, n. 28, p. 207-215, jul./dez. 2013.

⁵⁵⁵ Os anos sessenta foram marcados por vários desastres ecológicos, em especial nos EUA. Pode-se citar a perda no mar do poço petrolífero de Santa Bárbara, na Califórnia, e o afundamento da plataforma de petróleo *Torrey Canyon*. (Cf. NEBBIA, op. cit. p. 300).

ganham corpo também no EUA, país no qual também os estudantes começam a se organizar e, sob a inspiração de obras literárias que questionavam o modo de desenvolvimento do país, passam a se ocupar de temas ambientais. Assim é que o ambientalismo americano caminha *pari passu* ao movimento estudantil; por outro lado, a sociedade civil começa a se articular para exigir dos poderes públicos providências diante dos desafios surgidos.

Os ambientalistas, apoiados pelas organizações internacionais, usam dos meios de comunicação e das conferências internacionais para alardear uma crise ecológica, apontada como uma dupla crise: i) a crise do vínculo: o ser humano não consegue mais entender o que o liga e o que do animal; ii) a crise do limite: gerada pela consideração dos recursos naturais como coisas apropriáveis pelo homem de modo ilimitado⁵⁵⁶.

Segundo John McCornick, entre 1962 e 1970, teve curso uma verdadeira “Revolução Ambientalista”, símbolo de um novo ambientalismo, mais político e ativista e considerado também menos emocional em relação ao movimento anterior. A palavra “revolução” é usada para reforçar a importância das transformações pelo surgimento da preocupação ambiental, que, em pouco tempo, atingiu um alcance global e subverteu as convicções até então dominantes. O ano de 1962 é apontado como termo inicial, porque nele foi publicado um novo livro da bióloga Rachel⁵⁵⁷ Carson, “Primavera Silenciosa”, que apontou o risco de uma contaminação planetária pelo uso de pesticidas e inseticidas sintéticos. O termo final é colocado no ano de 1970, porque nele foi comemorado o Dia da Terra nos EUA, manifestação que contou com a participação de 300.000 americanos, tratando-se de um grande marco, que preparou o terreno para o despontar de um ambientalismo para uma esfera global.

Em 1972, como reflexo dos citados movimentos, a ONU convoca a Conferência de Estocolmo sobre o ambiente humano, a qual produz uma declaração final que contém 19 princípios que devem orientar os países na preservação e melhoria do ambiente humano, além de ter estabelecido as bases para a nova agenda ambiental do Sistema das Nações Unidas⁵⁵⁸. O evento é considerado um divisor de águas do ambientalismo que de local passa a ser voltado para as preocupações globais, tratando-se do grande marco do globalismo ambiental (ou ecologismo global)⁵⁵⁹.

⁵⁵⁶ SPAREMBERGUER, Raquel Fabiana Lopes. A relação homem, meio ambiente, desenvolvimento e o papel do direito ambiental. *Veredas do direito*, v. 2, n. 4, p. 89, jul.-dez./2005.

⁵⁵⁷ NEBBIA, Giorgio. Scritti di storia dell'ambientalismo 1970-2013. (a cura di Luigi Piccioni). In: *I quaderni di Altrionovecento*. Numero 4. Brescia: Fondazione Luigi Micheletti, 2014. p. 205; McCORMICK, John. *Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista*. Tradução de Marco Antônio Esteves; Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992. p. 63.

⁵⁵⁸ A ONU e o meio ambiente. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

⁵⁵⁹ ONU e o meio ambiente. Loc. cit.

Na esteira da conferência, no mesmo ano, a Assembleia Geral da ONU criou um programa para o meio ambiente (PNUMA), responsável pela coordenação dos trabalhos destinados ao meio ambiente global, englobando temas variados, dentre eles a gestão de ecossistemas, a governança ambiental, as mudanças climáticas, além de aspectos ambientais das catástrofes e conflitos. A partir daí, sucedem-se novas conferências internacionais, que colocam em pauta a preocupação ambiental em âmbito mundial, que passará a ser tratado por diretrizes comuns a todos os povos.

Em 1987, a publicação do relatório final da Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento (conhecido como Relatório Brundtland), intitulado “Nosso futuro comum”, chamou a atenção do mundo sobre a necessidade urgente de se encontrar formas de desenvolvimento econômico que se sustentem, sem a redução dramática dos recursos naturais e nem danos ao meio ambiente⁵⁶⁰. Esse informe marcou sua importância ao definir o conceito de desenvolvimento sustentável e seus três princípios essenciais: desenvolvimento econômico, proteção ambiental e equidade social.

Em 1992, a ONU convoca Conferência sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento do Rio de Janeiro⁵⁶¹, conhecida como a “Cúpula da Terra”, que teve como resultado a “Agenda 21”, um instrumento de planejamento global destinado à proteção do planeta, que deve ser implementado pelos seus signatários. São realizadas outras conferências com o objetivo de verificar a implementação da citada agenda, dentre elas, a chamada “Cúpula da Terra”, realizada em 1997, e a Rio+20, a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (2012)⁵⁶², com o objetivo de verificar o cumprimento das metas até então estabelecidas.

⁵⁶⁰ O Relatório foi definitivo na decisão da Assembleia Geral das Nações Unidas, para convocar a Conferência sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, dada a necessidade de redefinir o conceito de desenvolvimento, para que o desenvolvimento socioeconômico fosse incluído e assim a deterioração do meio ambiente fosse detida. Essa nova definição poderia surgir somente com uma aliança entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento.” Disponível em:

<http://www.micromacro.tv/pdfs/saber_mas_portugues/desenvolvimento_sustentavel/40o_conceito_de_desenvolvimento_sustentavel.pdf> Acesso em: 5 jun. 2011.

⁵⁶¹ Princípio 3. O desenvolvimento sustentável está no item 3 da Declaração do Rio de Janeiro. Livro *Direitos fundamentais e meio ambiente*. Disponível em: <<http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/DeclaraRioMA.pdf>> Acesso em: 11 jul. 2011.

⁵⁶² Na verdade, inúmeras foram as convenções internacionais realizadas sobre uma grande diversidade de temas ambientais, dentre eles, as mudanças climáticas, 2002, a Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, dentre outros. Para os propósitos deste trabalho, são citados apenas alguns documentos, para demonstrar como o meio ambiente enquanto valor foi incluído nas preocupações jurídicas. Cabe ainda ressaltar que a ONU possui ampla estrutura ambiental: o Pacto Global envolve a comunidade empresarial internacional no cumprimento dos princípios ambientais e uma iniciativa conjunta da GEF, do Banco Central, PNUMA e PNUD, ajuda a financiá-lo.

Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso: 16 jun. 2016.

Cabe ressaltar que a “Carta da Terra”, documento idealizado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, em 1987, teve novo impulso na citada conferência, e alcançou a sua versão final no ano 2000. Trata-se de uma espécie de Código de Ética Planetário, semelhante à Declaração de Direitos do Homem, que contém 16 princípios básicos agrupados em quatro grandes tópicos: respeitar e cuidar da comunidade de vida; integridade ecológica; justiça social e econômica; democracia, violência e paz⁵⁶³.

De um modo geral, aponta-se a existência de uma crise ecológica que seria fruto da degradação perpetrada pelo ser humano no ambiente natural, e que tal crise impõe um novo momento no contexto mundial, no qual as antigas formas jurídicas e políticas restam insuficientes⁵⁶⁴. As respostas até então trazidas pelo Direito não mais satisfazem as necessidades surgidas, impondo uma evolução do Direito que desemboca no Direito Ambiental enquanto ramo autônomo do Direito.

O novo ramo procurar utilizar das categorias da ecologia e traduzir a linguagem científica para a linguagem jurídica, integrando a globalidade e a processualidade no tempo e no vocábulo jurídico. As convenções internacionais e o despontar do Direito Ambiental repercutem nas legislações dos diversos países, inicialmente formando o Direito Administrativo do ambiente, que paulatinamente vai ganhando ares de disciplina autônoma, apesar das críticas relativas ao alto grau de incerteza que apresenta, por tomar emprestados alguns elementos da ecologia.

Cabe verificar como estas questões se colocam diante do globalismo do direito, sem descurar do que pode ser feito também a nível local. É importante verificar em que medida os direitos locais absorveram tais ideias e como se pode assegurar a proteção ambiental, sem descurar de outros valores também tutelados pelos ordenamentos particulares.

⁵⁶³ Segundo Gaspari, o objetivo desta é substituir a Declaração dos Direitos do Homem como decorrência da substituição do paradigma antropocêntrico pelo ecocêntrico. (CASCIOLI, Riccardo; GASPARI, Antonio. *Le bugie degli ambientalisti*. I falsi allarmismi dei movimenti ecologisti. Segrate: Editore Piemme, 2005. p. 151).

⁵⁶⁴ PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.1; MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. A função social do direito ambiental. In: MOTA, Mauricio (Coord.). *Fundamentos teóricos do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

⁵⁶⁴ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no Direito Ambiental*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2010. p. 128.

3.2 A tutela jurídica do ambiente

No item anterior, pretendeu-se demonstrar como o interesse pelo meio ambiente, em especial nas Convenções Internacionais, foi progressivamente tomando maior intensidade, até se configurar como uma preocupação global. No presente item, pretende-se examinar a progressão jurídica da questão, procurando demonstrar como os ordenamentos jurídicos em geral responderam a este novo interesse a ser juridicamente tutelado e em que medida o fizeram. Trata-se de ponto importante para que, posteriormente, seja possível o estudo das repercussões que essa tutela ambiental gerou na propriedade privada e a possibilidade de um equilíbrio entre os dois valores, temática central para a presente investigação, a ser abordada no capítulo subsequente.

A exposição da multiplicidade de disciplinas jurídicas relativas ao *status* outorgado ao ambiente repercutem nas soluções propostas, variáveis segundo o contexto em que os problemas estão inseridos, o que contribuirá para o debate sobre a possibilidade de se conceber uma função socioambiental no ordenamento jurídico nacional. Neste particular, a utilização de elementos do Direito comparado – frise-se, não em sua integralidade como método, mas apenas com o intuito de demonstrar alguns exemplos da tutela ambiental nos diversos países – pode prover a inspiração necessária para o desenvolvimento de um modelo de tutela que seja adequado à realidade nacional.

Fato é que o movimento de internacionalização das economias acabou por atrair também o Direito, que tem se tornado essencialmente global, especialmente em se tratando de blocos econômicos. Apesar das preocupações globalistas ocuparem o discurso atual, sustenta-se que as tutelas ambiental e proprietária não podem se realizar sem atentar para as peculiaridades locais, que não poucas vezes parecem sufocadas em meio a legislações excessivamente exigentes e abstratas. O exposto está em harmonia com a construção proposta desde o primeiro capítulo do presente estudo, que se baseia na diferença entre o conceito e a concepção da propriedade, raciocínio que pode ser estendido ao ambiente e à suposta função socioambiental da propriedade.

Entende-se que tal caráter encontra-se justificado na presente pesquisa, em especial porque, no Brasil, a função socioambiental não tem uma construção definida e, por tal razão, a observação dos diversos modelos internacionais de tutela ambiental pode ajudar na determinação do seu conteúdo e da sua extensão. O direito comparado é utilizado justamente para demonstrar a diferença conceitual adotada por este trabalho entre conceito e concepção

da propriedade e dos seus elementos. O conceito de meio ambiente é em si mesmo complexo, porém possui elementos constantes, que podem ser mais ou menos especificados pelas legislações nacionais.

A intensidade da tutela do ambiente não é absoluta, mas circunscrita à capacidade de cada Estado. Assim, apesar da inserção da proteção ambiental nos diversos países ditos “civilizados”, cada ordenamento internaliza essa proteção de uma forma ou medida, ou seja, a cada qual pode-se atribuir uma concepção do ambiente – seja como direito fundamental, valor tutelado ou bem elevado à tutela constitucional – com a condição de que seja respeitado o seu conteúdo mínimo ou a mínima proteção, que compete aos Estados Nacionais.

Dentro deste raciocínio, serão analisados brevemente alguns modelos de tutela jurídica, partindo-se do supostamente menos efetivo para o mais efetivo, a fim de verificar como os ordenamentos albergam a proteção ambiental, dentre eles, o alemão, o italiano, o português, finalizando pela noção presente no ordenamento brasileiro. Posteriormente, com vistas a solucionar as problemáticas relativas à classificação do meio ambiente como bem, far-se-á também menção a algumas ideias já presentes no Direito Romano, para uma gestão dos bens ditos coletivos ou ambientalmente relevantes, bem como ao anteprojeto de bens comuns de Stefano Rodotà. Por fim, proceder-se-á à análise crítica do ecologismo e da ética planetária que classifica o homem como um homem ecológico.

O quadro da tutela ambiental atual se dá sob a sombra dos grandes princípios do Direito Internacional Ambiental, que pretende criar um espaço comum, marcado pela harmonização das legislações dos Estados-membros às diretrizes globais. A proteção ambiental nos países tem início com as legislações de setores, protegendo os elementos ambientais individualmente considerados, tais como a água, o solo etc., ditos bens jurídicos específicos (ou microbens ambientais), o que se dá através de instrumentos de Direito Público, em especial, pelo Direito Administrativo do ambiente que, progressivamente, ganha maior proporção, e dele se desprende, passando a ser dotado de autonomia.

Anteriormente ao desenvolvimento das normativas ambientais, fossem como apêndices do Direito Administrativo ou de modo autônomo, os problemas ambientais eram considerados como questões relativas à propriedade e solucionados através do direito de vizinhança⁵⁶⁵. Assim é que alguns instrumentos de tutela ambiental encontram correspondência no Direito Romano, em especial nas questões relativas à edificação, ao

⁵⁶⁵ FERNANDEZ, Maria Elisabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada*. (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das ‘leis-reserva’ portadoras de vínculos ambientais. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 23.

direito de vizinhança e à tutela da propriedade. Por isso, para a melhor compreensão das relações entre a propriedade e o ambiente, é importante não apenas examinar o nascimento e o desenvolvimento do Direito Ambiental como ramo autônomo de tutela, mas também como uma disciplina transversal que toca ao Direito Público e ao Direito Privado.

A referida evolução demonstra que existe uma grande variabilidade dos instrumentos de tutela ambiental, que podem ser tanto de Direito Público como de Direito Privado. Os instrumentos de Direito Público têm caráter essencialmente preventivo; já os de Direito Privado, como a propriedade, a responsabilidade civil e o contrato, são dotados de uma dimensão mais voltada para a repressão e o estabelecimento do *status quo*⁵⁶⁶. Por tal motivo, se, por um lado, estes últimos podem ser considerados menos incisivos, por outro lado, são dotados de maior flexibilidade e têm a capacidade de coordenação com os instrumentos que já existem.

Barbara Pozzo⁵⁶⁷ distingue três grandes tendências nas legislações internacionais e agrupa os ordenamentos jurídicos em três grupos diversos, conforme a tendência adotada, quais sejam: i) países em que não foi atribuído ao meio ambiente o *status* de bem jurídico, mantendo-se a tipologia dos bens já existentes; na hipótese em que as violações aos referidos bens geraram um dano ambiental, este será ressarcível⁵⁶⁸; ii) hipóteses em que o legislador prevê o bem jurídico ambiental como bem autônomo e tipifica as condutas violadoras deste bem⁵⁶⁹; 3) casos em que há o reconhecimento do bem ambiental como bem jurídico autônomo, sem contudo prever um elenco tipificado de condutas violadoras⁵⁷⁰. Com vistas à ampliação da comparação, incluir-se-á um quarto grupo, representado pelos sistemas jurídicos que, diversamente dos anteriores, trazem a previsão expressa de um direito atribuível à

⁵⁶⁶ Cf. CASERTANO, Letizia. *Proprietà e ambiente: la soluzione italiana a confronto con le nuove esigenze di tutela*. Milano: Giuffrè, 2008. p. VIII.

⁵⁶⁷ POZZO, Barbara. Ambiente e Diritto Privato. In: GRASSI, Stefano; CECCHETTI, Marcelo; ANDRONIO, Alessandro. (a cura di). *Ambiente e Diritto. II*. Fondazione Carlo Marchi – Quaderni 3: Leo S. Olschki, 1999. p. 447. Sobre a variabilidade dos modelos, ver também: POZZO, Barbara. *La tutela dell'ambiente nelle Costituzioni: profili di diritto comparato alla luce dei nuovi principi introdotti dalla Carta de Nizza*. In: POZZO; Barbara; RENNA, Mauro. *L'ambiente nel nuovo titolo V della Costituzione*. Milano: Giuffrè, 2014. p. 3-26.

⁵⁶⁸ Cf. Lei alemã de 1991 L'Umwelthaftungsgesetz (UmweltHG). Cf. POZZO, Barbara. Il criterio di imputazione della responsabilità per danno all' ambiente nelle recenti leggi ecologiche. In: TRIMARCHI, Pietro (a cura di), Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente. Milano: Giuffrè, 1994, apud ALPA, Guido; FUSARO, Andrea (a cura di). *Le metamorfosi del diritto di proprietà*. Matera: Antezza, 2014. p. 534.

⁵⁶⁹ Como exemplos, citem-se a Lei italiana de 1986 e o projeto de Código Alemão do meio ambiente. Cf. POZZO, Barbara. Il criterio di imputazione della responsabilità per danno all' ambiente nelle recenti leggi ecologiche. In: TRIMARCHI, Pietro (a cura di), Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente. Milano: Giuffrè, 1994, apud ALPA, Guido; FUSARO, Andrea (a cura di). *Le metamorfosi del diritto di proprietà*. Matera: Antezza, 2014. p. 534. Sobre uma análise comparada do Direito Ambiental, consultar: AMIRANTE, Domenico. *Diritto Ambientale Italiano e Comparato*. Principo. Napoli: Jovene Editore, 2003.

⁵⁷⁰ Lei n.º. 11/1987, de 07 de abril de 1987. Disponível em: <<http://www.iapmei.pt/acessivel/iapmei-leg-03.php?lei=162>>. Acesso em: 02 set. 2016.

própria natureza⁵⁷¹. Dito isto, examinar-se-ão os diversos modelos de tutela, a começar pelo Direito alemão, que não trata do meio ambiente enquanto valor jurídico; posteriormente pelo Direito italiano, no qual a doutrina e a jurisprudência construíram uma noção de bem ambiental; passando por Portugal e Brasil, países em que o direito ao ambiente tem assento constitucional; para finalizar com a análise da legislação do Equador, que consagra um direito da natureza.

No Direito alemão, o ambiente não está previsto como bem jurídico e muito menos como direito fundamental. Quando do surgimento da temática relativa à proteção ambiental, a ideia de outorgar um *status* constitucional a um direito ao meio ambiente foi refutada, optando-se pela sua previsão entre os objetivos do Estado. Adotou-se a posição de Michael Kloepfer que, discorrendo sobre a proteção ambiental na Alemanha, nos idos de 1978, sugeriu a sua inserção na Lei Fundamental como uma determinação normativa dirigida ao Estado, posição que foi acolhida, resultando na inserção do artigo 20a da Lei Fundamental, que assim dispõe:

Tendo em conta também a sua responsabilidade frente às gerações futuras, o Estado protege os recursos naturais vitais e os animais, dentro do âmbito da ordem constitucional, através da legislação e de acordo com a lei e o direito, por meio dos poderes Executivo e Judiciário⁵⁷².

A discussão é deslocada da esfera dos direitos fundamentais para os objetivos a serem perseguidos pelo Estado, o que garante a tutela ambiental, sem a necessidade de atribuir um direito aos cidadãos⁵⁷³. A norma é dirigida essencialmente ao Estado e não permite que os cidadãos tenham legitimidade ativa na defesa do meio ambiente e também não atribui um dever jurídico de proteções aos indivíduos e nem à sociedade como um todo. Na base de tal disciplina está o entendimento de que a proteção ambiental, por seu caráter altamente abstrato, deveria ser definida por lei. O texto constitucional não se prestaria a tal fim. Sua função é garantir os direitos fundamentais dos indivíduos face ao Estado e não a proteção de um bem coletivo, excessivamente abstrato. Por tais motivos, a Lei Constitucional Federal de 1949 não

⁵⁷¹ Constitución del Ecuador. Disponível em:

<http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. *Direito ambiental comparado: os "direitos da natureza" na Constituição do Equador e a Bolívia*. Disponível em: <http://pretextointernacional.blogspot.com.br/2011/05/direito-ambiental-comparado-os-direitos_19.html>. Acesso em: 10 jun. 2016.

⁵⁷² KLOEPFER, Michael. *Sobre o futuro Código Ambiental na Alemanha*. Disponível em:

<http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/10_Dout_Estrangeira_3.pdf>. Acesso: 18 jun. 2016.

⁵⁷³ Cf. MATIAS, João Luis Nogueira; MATTEI, Julia. *Aspectos comparativos da proteção ambiental no Brasil e na Alemanha*. Disponível em:

<[cohttp://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12049/1/2014_art_jlnmatias.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12049/1/2014_art_jlnmatias.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2016.

contém o meio ambiente como valor fundamental, apenas trata das competências legislativas, sem estabelecer as orientações mais específicas sobre o assunto.

No regime de repartição das competências dos entes federativos, o ente central tem uma dupla competência: i) competência legislativa total quanto ao controle da poluição do ar, da poluição sonora e da eliminação de resíduos, cabendo a ele regular toda a disciplina destas matérias: 2) competência geral no que toca à proteção da natureza, ao controle da água e ao ordenamento rural, cabendo a ele apenas o estabelecimento de diretrizes e dos princípios básicos que devem pautar o desenvolvimento destas matérias pelos entes federados⁵⁷⁴.

Devido à estruturação suprassalientada, a proteção ao ambiente tem ocorrido, em especial, através da lei e dos regulamentos administrativos⁵⁷⁵, bem como por meio das decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão. Este último nega ao meio ambiente o caráter de um direito fundamental. A jurisprudência do Tribunal Constitucional considera que se pode atribuir ao Estado um obrigação de preservação ambiental não com base na fundamentalidade do direito ao meio ambiente, mas tendo por fundamento o próprio do Estado Social de Direito, da qual a proteção ambiental seria uma cláusula.

Tratando-se de questão atinente ao desenvolvimento do próprio modelo de Estado, é possível a atribuição de obrigações ao ente central porque o direito ao meio ambiente seria uma decorrência da tutela das pessoas, isto é, o ambiente é tutelado enquanto meio para o pleno desenvolvimento da personalidade humana. A tutela ambiental poderia ser definida a partir da conjugação do direito à vida e à integridade física com a garantia constitucional da propriedade privada. Assim, os cidadãos não têm legitimidade ativa para alegar uma violação ao direito fundamental ao meio ambiente o que pode ser feito apenas se o particular alegar a violação a outros direitos fundamentais, como o direito à saúde ou à integridade física⁵⁷⁶.

Em 1988, o Ministério do Meio Ambiente atribuiu a um grupo de professores a tarefa de elaborar um projeto de Código Ambiental, que foi concluído em 1990, ocasião em que os debates sobre o seu conteúdo têm início. O projeto trouxe algumas inovações, dentre elas, a introdução da noção de bem jurídico ambiental, que pretende afastar a tipicidade dos bens

⁵⁷⁴ REHBINDER, Eckard. O direito ao ambiente na Alemanha. Conferências do INA, 1994, p. 250-268. Apud. FERNANDEZ, Maria Elisabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada*. (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das 'leis-reserva' portadoras de vínculos ambientais. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 19-20, nota 4.

⁵⁷⁵ A proteção ambiental no país é eminentemente administrativa. Cf. MATIAS, João Luis Nogueira; MATTEI, Julia. Aspectos comparativos da proteção ambiental no Brasil e na Alemanha. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 34.2, p. 227-244, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12049/1/2014_art_jlnmatias.pdf>. Acesso: 18 jun. 2016.

⁵⁷⁶ FERNANDEZ, op. cit. nota 4. p. 20.

jurídicos tutelados⁵⁷⁷, característica da legislação alemã, para consagrar o patrimônio natural em geral como objeto de tutela. Além disso, previa ainda a legitimidade ativa das associações ou organizações de proteção ambiental para a propositura de *class actions* relativas a esta temática.⁵⁷⁸

Em novembro de 2007, um grupo do Ministério do Meio Ambiente apresentou um Projeto Oficial de Código ambiental, com previsão de aprovação pelo parlamento até o final de 2008. O projeto foi amplamente discutido entre os ministérios federais e sua versão final resultou numa codificação parcial em 397 parágrafos, divididos em seis livros: i) Primeiro Livro: Provisões gerais e direito ambiental relacionado a projetos de estabelecimentos; ii) Segundo Livro: Economia das Águas; iii) Terceiro Livro: Proteção da natureza e da paisagem natural; iv) Quarto Livro: Radiação não-ionizante; v) Quinto Livro: (Direito do) Comércio de Emissões; v) Sexto Livro: (Direito das) Energias Renováveis⁵⁷⁹.

A tendência caminhava no sentido da aprovação do citado projeto, que contava com o apoio dos juristas que se dedicavam ao estudo ao Direito Ambiental. Dentre os argumentos favoráveis, os especialistas apontavam que o ambiente passaria a gozar de uma tutela mais ampla, ao mesmo tempo em que haveria uma desoneração das estruturas administrativas, sobrecarregadas em virtude do emaranhado provocado pela profusão de leis. Como praticamente toda a proteção ambiental ocorria através da esfera administrativa, a aprovação de um Código Ambiental facilitaria os procedimentos pela concentração de matérias num único diploma legislativo, proporcionando a desburocratização da Administração através de uma legislação simplificada e coesa.

Apesar dos esforços empreendidos, no início da legislatura de 2009, os trabalhos para a unificação das leis em um Código Ambiental foram abandonados e o projeto foi arquivado em virtude da falta de consenso entre as diversas bases políticas do país, mantendo-se a

⁵⁷⁷ A lei alemã de 1991 determina que: “qualora da una immissione nell’ambiente, proveniente da uno degli impianti indicati nell’appendice 1 (della presente legge), derivi la morte, la lesione del corpo o della salute, oppure della proprietà di un soggetto, il proprietario dell’impianto è tenuto a risarcire il danno che ne è derivato” (Cf. POZZO, Barbara. Il criterio di imputazione della responsabilità per danno all’ ambiente nelle recenti leggi ecologiche. In: TRIMARCHI, Pietro (a cura di), Per una riforma della responsabilità civile per danno all’ambiente. Milano: Giuffrè, 1994, apud ALPA, Guido; FUSARO, Andrea (a cura di). *Le metamorfosi del diritto di proprietà*. Matera: Antezza, 2014. p. 534.)

⁵⁷⁸ RAMOS, Erasmós Marcos. *Direito Ambiental Comparado* (Brasil- Alemanha- EUA): uma análise exemplificada dos instrumentos brasileiros à luz do direito comparado. Maringá: Midiograf II, 2009. p. 52.

⁵⁷⁹ Segundo Kloepler, as temáticas ainda faltantes são: o direito dos estabelecimentos não dependentes de licenciamento, a proteção contra emissões de substâncias nocivas, a gestão da reciclagem e dos dejetos, a proteção do solo e sítios historicamente contaminados, a proteção contra a contaminação por substâncias perigosas, dentre outros. (KLOEPFER, Michael. *Sobre o futuro Código Ambiental na Alemanha*. Revista Direitos Fundamentais e Justiça n.10, p. 53, jan./mar. 2010.).

experiência já consolidada de trazer a proteção ambiental através de leis esparsas de índole administrativa⁵⁸⁰.

Na Itália, tal como ocorre na Alemanha, a Constituição não prevê o direito ao ambiente como um direito fundamental e não há qualquer consideração expressa à noção de bem ambiental ou aos bens comuns. O artigo 9º apenas faz menção à tutela da paisagem e do patrimônio histórico como princípios fundamentais da República italiana, trazendo um conceito de ambiente limitado, restrito à ideia de paisagem enquanto mecanismo de proteção do território⁵⁸¹. Porém, neste ponto, diversamente do cenário alemão, a doutrina e a jurisprudência italianas buscaram construir progressivamente os conceitos de ambiente e de bem jurídico ambiental.

Todavia a inexistência de um conceito legal acaba por permitir uma polissemia de significados ao ambiente, tratando-se de um conceito que não é uniformidade, tendo surgido várias tendências relativas à sua configuração. Um dos primeiros temas a serem discutidos foi o conceito de paisagem. Como o texto constitucional não prevê a tutela do meio ambiente por si mesma, e, sendo a paisagem a noção mais próxima por ela trazida, os debates são travados ao redor deste conceito.

Inicialmente ligado ao elemento estético, o conceito foi sendo redimensionado para incluir uma tutela ambiental mais abrangente, surgindo enfoques diferenciados, mas sempre ampliativos: uma vertente associa a paisagem ao urbanismo; outra corrente defende que este não se restringe aos elementos estéticos e deve incluir necessariamente uma dimensão natural abrangente da totalidade do território e não apenas alguns elementos dele⁵⁸². Outra parte buscou construir um conceito ampliativo de ambiente, que comportava não só a tutela paisagística, mas também os institutos relativos à tutela urbanística e do território, além da proteção contra a poluição. É a posição de Giannini⁵⁸³, para quem o conceito de meio ambiente possui três significados diversos e autônomos: 1) bens ambientais, tanto naturais como culturais; 2) salubridade ambiental; 3) ordenamento urbanístico do território⁵⁸⁴.

Além da vinculação do meio ambiente à tutela da paisagem, pode-se verificar também uma outra tendência, na qual uma parte da doutrina tentou construir o conceito de meio

⁵⁸⁰ Ibidem, p. 57.

⁵⁸¹ Art. 9: “La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione”. Disponível em:

<<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

⁵⁸² Cf. MANTINI, Pierluigi. *Lezioni di Diritto Pubblico dell'Ambiente*. Padova: Cedam, 1991. p. 33-37.

⁵⁸³ GIANINI, Massimo Severo. Ambiente: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici. *Rivista. Trimestrale di diritto pubblico* (1973), 1. Milano: Giuffrè. p. 1-39.

⁵⁸⁴ Cf. ALPA, Guido. Pubblico e privato nel danno ambientale. In: *Contratto Impresa*, 1987, p. 685.

ambiente a partir dos elementos relativos à ordenação do território e da saúde⁵⁸⁵. Tal corrente parte do artigo 32 da Constituição italiana, que assegura o direito à saúde a todos os cidadãos, e inclui o direito ao meio ambiente sadio como uma decorrência lógica ou manifestação deste direito individual, adotando uma perspectiva antropocêntrica. Procurou-se também buscar um significado unitário, configurando o meio ambiente como um interesse público fundamental da coletividade e como direito subjetivo à salubridade ambiental a nível individual.

A associação do direito ao ambiente ao direito à saúde coloca em foco um aspecto essencialmente individual da tutela, que aborda a relação homem-natureza numa perspectiva antropocêntrica. Por seu turno, a Corte Constitucional tem procurado construir uma noção de paisagem, definida como a tutela de interesses variados, “que encontram no território o seu ponto de referência de incidência considerados de um ponto de vista estético e cultural, fazendo parte de um outro conceito mais amplo, o de ambiente, mas não se confundindo com ele”⁵⁸⁶.

Por fim, caminhou-se para uma construção do bem jurídico ambiental enquanto noção unitária. A Lei n° 349/1986 – que institui o Ministério do Meio Ambiente e prevê também a responsabilidade civil ambiental – traz uma noção unificadora que serve de inspiração para a elaboração do conceito de ambiente como bem unitário e imaterial⁵⁸⁷. O primeiro artigo da citada lei menciona expressamente, como atribuições do Ministério, a promoção, a conservação e a recuperação das condições ambientais, “em conformidade com os interesses fundamentais da coletividade à qualidade de vida, além da conservação e a valorização do patrimônio natural nacional e a defesa dos recursos naturais contra a poluição”, trazendo um conceito amplo que inclui não apenas os elementos ambientais e coloca o meio ambiente como um elemento essencial à qualidade de vida da coletividade⁵⁸⁸. Igual noção pode-se inferir da leitura do artigo 18 da mesma lei, que trata do dano ambiental, definindo como

⁵⁸⁵ Art. 32: “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività e garantisce cure gratuite agli indigenti”. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

⁵⁸⁶ Cf. MANTINI, Pierluigi. *Lezioni di Diritto Pubblico dell’Ambiente*. Padova: Cedam, 1991. p. 34.

⁵⁸⁷ POZZO, Barbara. Modelli proprietari e tutela dell’ambiente. *Rivista Critica di Diritto Privato*. Anno XV. n.1, p.137-138, marzo 1997. Napoli: Jovene Editore.

⁵⁸⁸ Art. 1° 1. È istituito il Ministero dell’ambiente.

2. È compito del Ministero assicurare, in un quadro organico, la promozione, la conservazione ed il recupero delle condizioni ambientali conformi agli interessi fondamentali della collettività ed alla qualità della vita, nonché la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale nazionale e la difesa delle risorse naturali dall’inquinamento. Disponível em: <http://www.minambiente.it/sites/default/files/legge_08_07_1986_349.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2016.

aquele que compromete o ambiente e a ele causa dano, alterando-o, deteriorando-o ou destruindo-o no todo ou em parte⁵⁸⁹.

A jurisprudência da Corte Constitucional tem se mostrado favorável ao acolhimento do meio ambiente como bem jurídico unitário e imaterial, orientação que vem sendo adotada a partir da sentença n° 210/1987, na qual os julgadores entenderam que o meio ambiente, ainda que seja composto por diversos elementos que, em si, podem ser objetos de tutelas específicas, deve ser considerado um bem imaterial unitário⁵⁹⁰. A junção de todos os citados elementos forma um todo sistemático que reconduz o bem jurídico ambiental à unidade. O direito ao ambiente seria um direito da pessoa e também um interesse de toda a coletividade, que incide sobre um bem unitário, abrangente de todos os recursos naturais⁵⁹¹.

Posteriormente, a Corte de Cassação definiu que o meio ambiente é uma realidade imaterial, que expressa um valor coletivo autônomo, que não se confunde com os elementos materiais que o compõem⁵⁹². Trata-se de uma realidade privada de materialidade, mas que se configura como um valor imaterial digno de tutela jurídica autônoma, e deste modo, ainda que formado por um conjunto de elementos materiais, deles se distingue ontologicamente⁵⁹³. Daí a conclusão de que a natureza como bem público imaterial não impede a dupla tutela

⁵⁸⁹ Art. 18.

1. Qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato. Disponível em:

<http://www.minambiente.it/sites/default/files/legge_08_07_1986_349.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2016.

⁵⁹⁰ Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1987/0210s-87.html>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

⁵⁹¹ “Va riconosciuto lo sforzo in atto di dare un riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività e di creare istituti giuridici per la sua protezione. Si tende, cioè, ad una concezione unitaria del bene ambientale comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali. Esso comprende la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acque, suolo e territorio in tutte le sue componenti), la esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni. Ne deriva la repressione del danno ambientale cioè del pregiudizio arrecato, da qualsiasi attività volontaria o colposa, alla persona, agli animali, alle piante e alle risorse naturali (acqua, aria, suolo, mare), che costituisce offesa al diritto che vanta ogni cittadino individualmente e collettivamente. Trattasi di valori che in sostanza la Costituzione prevede e garantisce (artt. 9 e 32 Cost.), alla stregua dei quali, le norme di previsione abbisognano di una sempre più moderna interpretazione. E la direttiva comunitaria impegna lo Stato in maniera rilevante ad una considerazione coordinata dell'ambiente, alla esecuzione tempestiva e corretta degli impegni assunti e all'apprestamento delle misure opportune, necessarie ed indispensabili”. *Sentenza n. 210*. Anno 1987. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1987/0210s-87.html>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

⁵⁹² Corte de Cassação, sentença de 9 de abril de 1992, n. 4362. Cf. PARDOLESI, Roberto; GRANIERI, Massimiliano. Oltre la funzione riparatoria delle responsabilità civile nella tutela ambientale. In: *Ambiente e Diritto*. II. Firenze: Leo S. Olschki. p. 532.

⁵⁹³ A questão da definição do bem ambiental na Itália se insere dentro da problemática da responsabilidade civil ambiental, surgindo questões relativas à titularidade do bem jurídico e sobre a legitimidade para a propositura da ação. A polêmica refere -se também à qualificação jurídica do dano ambiental e sua possível inclusão na categoria de dano ao Erário.

ambiental, isto é, a do ambiente enquanto bem unitário e a dos seus elementos individualmente considerados⁵⁹⁴.

Tal construção fundamenta a particularidade do dano ambiental dentro da estrutura da responsabilidade civil, o qual deve ser entendido como a lesão a um conjunto unitário que, muito embora compreenda bens de titularidade diversa - pública ou privada -, destes se distingue fundamentalmente por compreender uma outra realidade, imaterial, que se configura como um bem jurídico autónomo, objeto de tutela específica do ordenamento⁵⁹⁵.

Em Portugal, o artigo 66 da Constituição da República inclui o direito ao meio ambiente no catálogo dos direitos sociais, dispondo que “todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”⁵⁹⁶. Após tal enunciação, a segunda parte do texto segue enumerando um série de posturas e deveres que competem ao Estado para garantir a efetivação da proteção ambiental, “por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos”, conforme segue:

a) prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão; b) ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem; c) criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; d) promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações; e) promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas; f) promover a integração de objectivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial; g) promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente⁵⁹⁷.

O dispositivo traz um grau de detalhamento dificilmente observado em outras Constituições e por isso a Carta Constitucional portuguesa tem sido apelidada como

⁵⁹⁴ Cass. 19. Giugno. 1996, n. 5650. Cf. PARDOLESI, Roberto; GRANIERI, Massimiliano. Oltre la funzione riparatoria delle responsabilità civile nella tutela ambientale. In: *Ambiente e Diritto*. II. Firenze: Leo S. Olschki. p. 532.

⁵⁹⁵ Cass. Pen, 06 marzo, n. 16575. Apud LECCESE, Eva. *Danno all'ambiente e danno alla persona*. Disponível em:

<<https://books.google.com.br/books?id=1Y5if9DR8QC&pg=PA144&lpg=PA144&dq=cassazione+9+aprile+1992+n.+4362&source=bl&ots=p3BcogkJDR&sig=xJNq6JQ5lknICwo1ITp06CPGumI&hl=ptBR&sa=X&ved=0ahUKEwjgqomY1bvNAhXBhZAKHeZCCAsQ6AEIQzAH#v=onepage&q=cassazione%209%20aprile%201992%20n.%204362&f=false>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

⁵⁹⁶ Artigo 66.º Ambiente e qualidade de vida

1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. Disponível em:

<<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 05 set. 2016.

⁵⁹⁷ Cf. Artigo 66.º, 2 da Constituição da República Portuguesa. Disponível em:

<<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 05 set. 2016.

“*Constituição do ambiente*”⁵⁹⁸, expressão cunhada para ressaltar o cuidado do Constituinte com disciplina relativa ao meio ambiente, que traz não só o estabelecimento da proteção ambiental como uma norma fim, mas também atribui comportamentos ao Estado, e prevê detalhadamente o regime de competências legislativas e administrativas.

Com fulcro neste artigo, há autores que reconhecem que a República portuguesa seria um Estado Socioambiental, que estabelece um novo programa jurídico-constitucional, caracterizado por um Direito *Constitucional Ambiental*⁵⁹⁹, um modelo constitucional no qual a tutela jurídica dos bens ambientais avulta em importância como forma de tutelar a própria dignidade humana. O meio ambiente teria sido alçado à categoria de bem jurídico autônomo e estaria submetido a uma “ordem pública ambiental constitucionalizada”⁶⁰⁰.

No Direito português, o direito ao ambiente não se reconduz a uma categoria do direito à saúde ou mera expressão da personalidade humana, sendo reconhecido como um direito autônomo. Contudo foi previsto, no texto constitucional, como um direito social e não no capítulo atinente aos direitos, liberdades e garantias fundamentais. Muito embora não tenha recebido tal qualificativo formal, é considerado por grande parte da doutrina um direito análogo aos direitos fundamentais e atrai para si o mesmo regime jurídico àqueles atribuídos, em conformidade com o art. 17 da CRP⁶⁰¹.

Portanto, na qualidade de um direito equivalente a um direito fundamental, deve ser analisado sob os seus dois aspectos. Pode-se afirmar que o mesmo concentra uma pretensão negativa de exigir do Estado ou de outras pessoas a abstenção de comportamentos que gerem lesões ambientais e também uma pretensão positiva no sentido de exigir do Estado a implementação de medidas destinadas a assegurar a sua proteção⁶⁰². Porém, enquanto direito social, este não possui um conteúdo *prima facie* dado pela Constituição e a sua tipicidade deve ser construída pela lei que disciplinará o seu conteúdo.

⁵⁹⁸ FERNANDEZ, Maria Elisabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada*. (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das ‘leis-reserva’ portadoras de vínculos ambientais. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 23. nota 10.

⁵⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 5.

⁶⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.144.

⁶⁰¹ Artigo 17.º Regime dos direitos, liberdades e garantias

O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga. Disponível em:

<<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 05 set. 2016.

⁶⁰² Cf. FERNANDEZ, Maria Elisabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada*. (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das ‘leis-reserva’ portadoras de vínculos ambientais. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 22.

Em se tratando de direitos fundamentais definidos pelo constituinte, a lei possui uma função limitadora, apenas podendo restringir tais direitos nos casos expressamente previstos na Constituição, “devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”⁶⁰³. Contrariamente, para os direitos que têm uma tipificação legal, cabe à lei uma função expansionista, que tem como objetivo a concretização de um dispositivo constitucional. É o caso do direito ao meio ambiente que, por ser um direito de construção legal, diversamente dos demais direitos fundamentais definidos pela Constituição, carece de preceptividade, pois o seu conteúdo concreto deve ser dado pelo legislador, a quem compete definir e consagrar tal, estabelecendo a sua medida⁶⁰⁴.

A previsão constitucional foi concretizada pela Lei de Bases do Ambiente, a Lei n.º 11/87, de 07 de abril de 1987, que traz um conceito amplo de bem jurídico ambiental⁶⁰⁵, além da previsão de responsabilidade civil ambiental⁶⁰⁶, sem contudo tipificar as condutas que podem gerar a lesão, tratando-se de dispositivo amplo que trouxe um critério objetivo de imputação, decorrente do exercício de atividade perigosa. O Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de

⁶⁰³ Artigo 18.º

Força jurídica

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

⁶⁰⁴ FERNANDEZ, Maria Elisabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada*. (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das ‘leis-reserva’ portadoras de vínculos ambientais. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. notas 16 e 17. p. 26-27.

⁶⁰⁵ Artigo 5º. Conceitos e definições

2- Para efeitos do disposto no presente diploma, considera-se que as expressões «ambiente», «ordenamento do território», «paisagem», «continuum naturale», «qualidade do ambiente» e «conservação da Natureza» deverão ser entendidas nas condições a seguir indicadas:

Ambiente é o conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações e dos factores económicos, sociais e culturais com efeito directo ou indirecto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem.

Artigo 6º. Componentes ambientais naturais

Nos termos da presente lei, são componentes do ambiente:

- a) O ar;
- b) A luz;
- c) A água;
- d) O solo vivo e o subsolo;
- e) A flora;
- f) A fauna.

Disponível em: <<http://w3.ualg.pt/~jmartins/LegislaçãoAmbientaPortuguesa.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

⁶⁰⁶ Artigo 41º. Responsabilidade objectiva

1- Existe obrigação de indenizar, independentemente de culpa, sempre que o agente tenha causado danos significativos no ambiente, em virtude de uma ação especialmente perigosa, muito embora com respeito do normativo aplicável.

2- O quantitativo de indenização a fixar por danos causados no ambiente será estabelecido em legislação complementar. Disponível em: <<http://w3.ualg.pt/~jmartins/LegislaçãoAmbientaPortuguesa.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

maio, que regulamenta a citada lei, determina a realização de medidas compensatórias de impactos ambientais, nos casos determinados pela avaliação de impacto ambiental, aduzindo que, em caso de descumprimento, o infrator fica obrigado a indenizar o Estado⁶⁰⁷, num critério que parece atribuir a titularidade do bem ambiental ao Estado e não propriamente à coletividade.

Os três ordenamentos até aqui expostos, apesar das regulamentações diversas do meio ambiente, estão inseridos na União Europeia e devem se harmonizar às diretivas dela emanadas. O artigo 191 do Tratado sobre o funcionamento da UE⁶⁰⁸ traz as diretrizes básicas da política ambiental a ser adotada pelos Estados, juntamente com o artigo 11º, que determina a integração do componente ambiental na definição e na execução de políticas e ações desenvolvidas pela UE, com o objetivo de promover um desenvolvimento sustentável⁶⁰⁹. As exigências em matéria de proteção do ambiente somadas a outros atos normativos mais específicos, além dos atos normativos que determinam o dever jurídico de sancionar penalmente as infrações graves contra o ambiente, configuram o chamado Direito Europeu do Ambiente⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ Artigo 41º.

Responsabilidade por danos ao ambiente

1 - Caso as medidas compensatórias referidas no artigo anterior não sejam executadas ou, sendo executadas, não eliminem integralmente os danos causados ao ambiente, o infrator fica constituído na obrigação de indenizar o Estado. Disponível em: <<http://w3.ualg.pt/~jmartins/LegislaçãoAmbientaPortuguesa.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

⁶⁰⁸ Artigo 191.º (ex-artigo 174.º TCE)

1. A política da União no domínio do ambiente contribuirá para a prossecução dos seguintes objectivos:

- a preservação, a protecção e a melhoria da qualidade do ambiente,
- a protecção da saúde das pessoas,
- a utilização prudente e racional dos recursos naturais,
- a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente, e designadamente a combater as alterações climáticas.

2. A política da União no domínio do ambiente terá por objectivo atingir um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da União. Basear-se-á nos princípios da precaução e da acção preventiva, da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador.

Neste contexto, as medidas de harmonização destinadas a satisfazer exigências em matéria de protecção do ambiente incluirão, nos casos adequados, uma cláusula de salvaguarda autorizando os Estados-Membros a tomar, por razões ambientais não económicas, medidas provisórias sujeitas a um processo de controlo da União. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Lisboa/tratados-TUE-TFUE-V-Lisboa.html>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

⁶⁰⁹ Artigo 11.º (ex-artigo 6.º TCE)

As exigências em matéria de protecção do ambiente devem ser integradas na definição e execução das políticas e acções da União, em especial com o objectivo de promover um desenvolvimento sustentável. Artigo 11.º (ex-artigo 6.º TCE). Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Lisboa/tratados-TUE-TFUE-V-Lisboa.html>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

⁶¹⁰ Cf. ARAGÃO, Alexandra. A proteção do ambiente em rede: uma estratégia nacional, uma responsabilidade Europeia. *Periódico do CIEDA e do CIEJD*, n.1, jun./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatareuropa/>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

Ressalte-se que o tratado de Nizza não prevê o direito ao meio ambiente como um direito fundamental⁶¹¹, apenas determina que os membros da UE devem tomar as medidas necessárias pra integrar suas políticas de tutela e melhoramento do meio ambiente, de modo a garantir o desenvolvimento sustentável⁶¹². Como a Carta dos Direitos Fundamentais da UE impõe a norma, mas não traz mecanismos coercitivos em caso de descumprimento - tratando-se de dispositivo dotado de um valor programático - fica a critério dos Estados-membros a adequação de suas leis internas.

Vista a questão no contexto europeu, ainda que em breve síntese, passar-se-á à análise do ordenamento jurídico brasileiro, bem como da experiência do Equador, cuja Constituição traz o meio ambiente como sujeito de direitos. No Brasil, o artigo 225 da Constituição Federal assim dispõe:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações⁶¹³.

A definição constitucional brasileira de meio ambiente foi fortemente influenciada pelo Direito anglo-saxônico, em especial, o Direito norte-americano⁶¹⁴. Adota-se uma interpretação extensiva dos bens ambientais que são protegidos em todas as suas formas, incluindo não só os bens econômicos e sociais, mas também o conjunto de influências e relações que regem a vida, em conformidade a Política Nacional do Meio Ambiente, prevista na Lei n° 6.938/1981⁶¹⁵.

Assim como ocorre em Portugal, tal direito não está previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º, mas no Título VIII da Constituição (Da Ordem Social – artigo 193 até 232). Apesar disto, a dicção do artigo 225 leva a doutrina majoritária a

⁶¹¹ Cf. RAGO, Pasquale. *L'ambiente come nuovo diritto fondamentale della persona nella futura Costituzione Europea*. Disponível em:

<http://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina%202004/ambiente_nuovo_diritto_rago.htm>. Acesso em: 21 jun. 2016.

⁶¹² Art. 37.

Proteção do ambiente

Todas as políticas da União devem integrar um elevado nível de proteção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurá-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável. Disponível em:

<http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2016.

⁶¹³ Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 set. 2016.

⁶¹⁴ RAMOS, Marcos Erasmo. *Direito ambiental comparado* (Brasil - Alemanha - EUA): uma análise exemplificada dos instrumentos legais brasileiros à luz do direito comparado. Maringá: Midiograf II, 2009. p. 58.

⁶¹⁵ Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso: 25 jun.2016.

considerar que há um direito fundamental ao ambiente, classificado como um direito fundamental de terceira geração, que configura uma relação entre a proteção ambiental e a proteção social⁶¹⁶.

O meio ambiente equilibrado revela-se como um patrimônio coletivo, um bem de uso comum do povo⁶¹⁷. Seria considerado um bem jurídico coletivo, constitucionalmente protegido, simbolizando uma garantia das condições básicas necessárias para a manutenção e o desenvolvimento da vida humana. O fato de não estar inserido no capítulo dos direitos individuais e coletivos não afasta o caráter de direito fundamental, que traz também uma responsabilidade do poder público e da coletividade, caracterizando uma responsabilidade social⁶¹⁸. Esse direito constitucional ao meio ambiente não corresponde nem a um direito de igualdade nem a um direito de liberdade e traz a peculiaridade de estender a proteção ambiental aos próprios cidadãos.

Por isso aponta-se que o artigo 225 prevê um direito-dever ao meio ambiente; pois, ao mesmo tempo em que a coletividade é titular de um direito ao meio ambiente, tem também o dever jurídico de preservá-lo e protegê-lo, caracterizando-se a não exclusividade da função ambiental por parte do poder público⁶¹⁹. Por outro lado, como o art. 170, inserido no Título VII- Da Ordem Econômica - prevê a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica⁶²⁰, há quem defenda que o princípio do meio ambiente é um mandamento de

⁶¹⁶ Cf. DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 256; BELLO FILHO, Ney de Barros. *A previsão normativa do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição de 1988*. Disponível em:

<http://www.lex.com.br/doutrina_27179662_A_PREVISAO_NORMATIVA_DO_DIREITO_FUNDAMENTAL_AO_AMBIENTE_ECOLOGICAMENTE_EQUILIBRADO_NA_CONSTITUICAO_DE_1988.aspx>.

Acesso em: 15 jul. 2016.

⁶¹⁷ “O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade” (MS 22.164, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995.) Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%202004>. Acesso: 15 jul. 2016.

⁶¹⁸ Por todos: DERANI, loc. cit.

⁶¹⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito Ambiental e teoria jurídica no final do século XX*. p. 29. In: VARELA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso (Orgs.). *O novo em Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1990. p. 11-33,

⁶²⁰ Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VI – a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos

otimização, e não um direito subjetivo de titularidade difusa⁶²¹. E, como mandado de otimização, é uma norma que ordena que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades, portanto não se trata de uma norma absoluta e dotada de primazia *prima facie*.

No Equador, diversamente de todos os ordenamentos jurídicos até então apontados, o texto consitucional, aprovado em 2008⁶²², reforçou os direitos tradicionais, inclusive em relação a um ambiente saudável e à qualidade de vida. A Constituição do país denomina a natureza de *Pacha Mama*, e a define como o local onde se reproduz a vida, em conformidade com a visão andina de mundo⁶²³. Além disso, prevê a natureza como um sujeito de direitos ao acrescentar que esta “tem direito a ser restaurada de forma integral caso os seus sistemas naturais sejam violados”⁶²⁴, mandado que envolve ações para recuperação de áreas naturais ao seu estado original. Tal direito à restauração é autônomo e independe da obrigação de indenizar os indivíduos e os entes coletivos que dependam dos sistemas naturais afetados.

Isto posto, pode-se verificar que, com a progressiva autonomia do Direito Ambiental, os legisladores vêm reconhecendo ao ambiente um valor intrínseco e autônomo, elevando-o a patamares constitucionais. A tutela é variável de acordo com as características constitucionais dos ordenamentos apontados: em alguns países, tipifica-se cada uma das condutas que podem

produtos e serviços e de seus processos e elaboração e prestação. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

⁶²¹ Cf. ROCHA, Carolina Medeiros. *O STF e o Meio Ambiente: A Tutela do Meio Ambiente em sede de Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2013. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. f. 56-59. Disponível em:

<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-05122013-154012/pt-br.php>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

⁶²² Direito ambiental comparado: os "direitos da natureza" na Constituição do Equador e a Bolívia.

Disponível em:

<http://pretextointernacional.blogspot.com.br/2011/05/direito-ambiental-comparado-os-direitos_19.html>.

Acesso em: 25 jun. 2016.

⁶²³ Capítulo séptimo

Derechos de la naturaleza

Art. 71- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. Disponível em:

<http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2016.

⁶²⁴ Art. 72- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2016.

gerar dano ambiental; em outros, optou-se por uma proteção mais ampla, que não define exatamente o seu espectro de tutela, que deve ser a mais ampla possível.

Em tal cenário, o Direito assume papel de relevância. A tendência atual é de inserção da proteção ambiental nas Constituições, tutelando o bem ambiental de modo autônomo, por si mesmo. Em diversos países, a Constituição prevê o direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental, como no Brasil e em Portugal. Em outros, como na Alemanha, a proteção ao meio ambiente não assume o *status* de direito fundamental, embora seja referenciado nas normas constitucionais. Já na América Latina, o exame da Constituição do Equador demonstra a atribuição de um direito subjetivo autônomo à natureza e o seu reconhecimento como um ente dotado de autonomia.

A análise dos diversos ordenamentos apontados permite verificar que, de uma forma mais ou menos ampla, todas as Constituições citadas reconhecem o meio ambiente como um valor digno de proteção, ainda que não formalmente previsto como um direito fundamental. Todavia a qualificação do ambiente como bem jurídico, apesar de parecer proporcionar uma maior garantia de tutela a este valor, traz consigo inúmeras questões problemáticas que se referem tanto à titularidade quanto à possibilidade de valoração econômica do bem ambiental. Tais questões devem ser examinadas de modo mais detido e serão expostas no próximo item, no qual serão apontadas também algumas propostas de solução.

3.3 Desdobramentos do bem jurídico ambiental: propostas de solução

A construção do direito subjetivo ao ambiente sadio traz algumas implicações importantes, dentre elas, a possibilidade de qualificá-lo como bem jurídico. Guido Alpa, em artigo sobre o tema, com título provocativo, indaga se o direito ao meio ambiente sadio realmente existe ou se é apenas um expediente técnico sem correspondência com a realidade⁶²⁵. Tradicionalmente, os bens jurídicos são os objetos do direito de propriedade e englobam as coisas, sejam móveis ou imóveis, contudo há discussão sobre a possibilidade de se exercerem direitos de propriedade sobre bens imateriais. A indagação seria saber se o conceito de propriedade pode ser extensível aos bens imateriais; pois, na perspectiva romana,

⁶²⁵ALPA, Guido. Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: 'nuovo diritto' o expediente técnico? In: ALMERIGHI, Mario; ALPA, Guido (commentati da). *Diritto e Ambiente: materiali di dottrina e giurisprudenza*. Parte I – Diritto Civile. Padova: Cedam, 1984. p. 431-446.

conformada pelas Institutas de Gaia, só os bens corpóreos podem ser objeto do direito de propriedade⁶²⁶.

A qualificação do meio ambiente como bem implica a análise de importantes questões relativas ao Direito Privado. A primeira delas refere-se à própria definição jurídica de bem, temática que ressalta uma dificuldade inicial decorrente da variabilidade de definições atribuídas pelos estudiosos, o que demonstra que não há uniformidade na teoria do Direito Civil quanto ao tema. A partir de cada uma das definições propostas, outra polêmica reside na diferença entre bem e coisa e na dificuldade em estabelecer qual dos conceitos é o gênero e qual é a espécie⁶²⁷. Washington de Barros sintetiza a discussão nos seguintes termos: “Às vezes, coisas são o gênero e bens, a espécie, outras, estes são o gênero e aquelas, a espécie; outras, finalmente, são os dois termos usados como sinônimos, havendo entre eles coincidência de significação”⁶²⁸.

Assim é que parte da doutrina entende que bem é tudo o que pode ser objeto de direito, logo, o bem seria gênero e a coisa espécie; para outros, a coisa seria gênero e o bem espécie. Dentro da primeira corrente, Orlando Gomes⁶²⁹ salienta que bem e coisa não se confundem: o primeiro é gênero e o segundo é espécie. A noção de bem compreende o que pode ser objeto de direito sem valor econômico, enquanto a de coisa restringe-se às utilidades patrimoniais, ou seja, as que possuem valor econômico. A segunda corrente parte da noção de que coisa é tudo o que é exterior ao homem e inclui o que pode ser apropriado e o que é inapropriável⁶³⁰. Nesta perspectiva, coisa é tudo o que existe objetivamente, com exclusão do homem; os bens são coisas que, devido à sua utilidade e raridade, são apropriáveis e dotadas de valor

⁶²⁶ “Gaio, o mais eminente dos juristas de Roma, expressou veementemente a essência da propriedade romana em sua classificação das coisas por meio das quais o mundo se oferece ao homem. Aplicando a distinção estoica entre matéria e espírito, ele via duas grandes categorias: por um lado, as coisas corpóreas, “aquelas que podemos tocar”, tais como o dinheiro e a terra. Essas coisas se oferecem ao poder do homem em sua espessura material diretamente e sem intermediário [...] Do outro lado estão as “coisas incorpóreas”. Trata-se de mecanismos concebidos pelo homem para que ele pudesse exercer sobre as coisas domínios outros que não a apreensão física. As coisas incorpóreas só existem por obra da mente, são direitos (*jura*) no sentido de relações jurídicas. ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. Propriedade. In: *Dicionário da Cultura Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 1444-1445.

⁶²⁷ Cf. GAMBARO, Antonio. La proprietà. I beni, vol I. In: *Trattato di diritto civile*, diretto da Iudica e Zatti, Milano: Giuffrè, 1995. p. 45 et seq. Sobre o tema, consular: PUGLIATTI, Salvatore. *Beni e cose in senso giuridico*. Milano: Giuffrè, 1962; SCOZZAFAVA, Oberdam Tommaso. *I beni*. In: *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato diretto da Pietro Perlingieri*, III, 1. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013. p. 1-34; GROSSI, Paolo. *I beni: itinerari fra ‘moderno’ e ‘pos moderno’*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè. dicembre. 2012. Anno LXVI. n. 4. p. 1059-1085.

⁶²⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Parte Geral. 16. ed, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 135.

⁶²⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Atualização e notas de Humberto Thedorio Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 200.

⁶³⁰ A noção comumente aceita para a palavra coisa é a de que são todos os objetos corporais ou entidades naturais suscetíveis de apropriação ou de utilização. (Cf. ALPA, Guido; FUSARO, Antonio. *Le metamorfosi del diritto di proprietà*. Matera: Antezza, 2014. p. VIII).

econômico. Assim, quando uma coisa passa a ser objeto de direito, esta passe a se definir tecnicamente como bem.

Daí infere-se que outro ponto importante para a tutela do ambiente é a a sua definição como *res nullius* ou *res communes omnium*, bem como os limites da apropriação. Na qualidade de *communes omnium*, são excluídas uma série de bens (água, ar, luz, calor atmosférico) que não podem ser considerados bens em sentido econômico porque insuscetíveis de apropriação e de valoração. Porém, a partir de sua associação a um interesse protegido, propõe-se a superação do dogma que identifica na qualidade de *res nullius* a possibilidade de ocupação, bem como a coincidência entre a *res alicuius* e a não ocupação.

Por isso há também quem defenda a autonomia do direito ao ambiente em relação aos direitos reais, o que significa afirmar que a titularidade do ambiente prescindiria da titularidade de direitos reais. Isto porque o bem ambiental seria de titularidade difusa e conviveria, por assim dizer, com a propriedade, seja ela privada ou pública, não importando a titularidade ou o sujeito proprietário dos bens singularmente considerados, o que teria promovido a superação da relação de tipo individualista entre titular e bem tutelado⁶³¹. Deste modo, seria possível romper com a concepção do bem ambiental como *res nullius ou communis* mediante a sua associação a um interesse jurídico tutelável e digno de proteção jurídica.

Em ensaio sobre o valor das coisas, partindo da classificação feita pelo Direito Romano, que coloca fora do comércio as coisas sagradas, religiosas e públicas e exclui provisoriamente da propriedade a *res nullius*, Yan Thomas⁶³² descreve o processo de captura das coisas pelo Direito ao estabelecer o regime da propriedade e do comércio. O autor defende que cada ramo do direito define a sua esfera de validade, declarando temporariamente fora do Direito uma coisa, de modo que tal exclusão define o que deve ser considerado como direito. Essa dinâmica de exclusão/inclusão funda o direito das coisas e estabelece o seu estatuto jurídico, em especial no Direito Romano, que fixa uma reserva de indisponibilidade e apenas posteriormente estabelece uma ampla esfera de disponibilidade, composta por coisas que estão no comércio, disponíveis, portanto, para livre circulação e munidas de valor.

Na lógica do Direito Romano, os recursos naturais são considerados *res communes omnium*, bens comuns a toda humanidade, usufruíveis pelo primeiro que faz uso ou o primeiro apropriador. Considerados como recursos ilimitados, destinados ao uso comum e

⁶³¹ Cf. MOTA, Maurício Jorge Pereira da. O conceito de natureza e a reparação das externalidades ambientais negativas. In: *Fundamentos teóricos do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 1-28.

⁶³² TOMAS, Yan. *Il valore delle cose*. Macerata: Quodlibet, 2015.

insuscetíveis de apropriação individual e, portanto, não poderiam circular nem obter um valor. A consagração de titularidade do meio ambiente e do seu reconhecimento enquanto bem traz uma outra discussão sobre os mecanismos de tutela ambiental, com várias possibilidades de resposta, que oscilam entre modelos publicistas ou privatistas, com propostas intermediárias.

A determinação de um direito difuso ao meio ambiente e sua proteção passam por diversos mecanismos e técnicas de aplicação, que podem ser provenientes da atuação estatal ou de uma solução de mercado⁶³³. Na primeira perspectiva, o Estado atua de forma a neutralizar os efeitos negativos do uso dos recursos naturais, impondo, por exemplo, tributos ecológicos ou mecanismos de compensação ambiental. A tributação seria uma forma de cobrança pelo uso de bem ambiental ou pelo grau de poluição causado⁶³⁴.

Na segunda ótica, o próprio mercado se autorregulamenta e estabelece valores para os bens coletivos por intermédio de uma ecologia de mercado⁶³⁵. Um exemplo são os *property rights* (certificados de propriedade), certificados que estabelecem os níveis desejados do uso de um bem e que são distribuídos, livremente transacionáveis, com controle da autoridade ambiental. Tal solução é muito criticada pela doutrina ambientalista, pois a ideia de custos implica uma análise econômica do Direito e a consequente precificação do bem ambiental pelos próprios agentes econômicos, o que reduziria “simultaneamente o social e o ecológico aos fins restritos da troca mercantil”⁶³⁶.

Assim, se tutela ambiental pode ocorrer através de instrumentos de Direito Público, voltados para a lógica do comando-controle⁶³⁷, há também espaço para uma tutela de Direito Privado, que toma por base a propriedade e os mecanismos de responsabilidade civil⁶³⁸, sendo possível falar de uma visão integrada entre os diversos instrumentos, conforme indicado pelo Sexto programa de ação em matéria de ambiente da UE, que prevê a integração do componente ambiental nas demais políticas, em colaboração com uma economia de

⁶³³ Sobre a utilização de instrumentos de mercado para a tutela do meio ambiente consultar as seguintes obras, dotadas de perspectivas diversas: CAFAGNO, Maurizio. *Capitolo IV: Strumenti di mercato e tutela dell'ambiente*. In: *Diritto dell'Ambiente* (a cura di Giampaolo Rossi). Torino: Giappicchelli, 2011. p. 171-184. Quanto aos instrumentos de Direito Público, pode-se citar: CORSO, Guido. *Capitolo III: La valutazione del rischio ambientale*. In: *Diritto dell'Ambiente* (a cura di Giampaolo Rossi). Torino: Giappicchelli, 2011. p. 159-170.

⁶³⁴ FILHO, Carlos da Costa e Silva. O princípio do poluidor-pagador: da eficiência econômica à realização da justiça. In: MOTA, Mauricio (Coord.). *Fundamentos teóricos do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 87.

⁶³⁵ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no Direito Ambiental*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2010. p. 128.

⁶³⁶ Cf. OST, François. *A natureza à margem da lei*. A ecologia à prova do direito. Lisboa: Fundação Piaget, 1995. p. 161.

⁶³⁷ CASERTANO, Letizia. *Proprietà e ambiente: la soluzione italiana a confronto con le nuove esigenze di tutela*. Milano: Giuffrè, 2008. p.13-14.

⁶³⁸ Tal forma de tutela encontra abrigo em especial nos ordenamentos inglês, francês e alemão. Cf. CASERTANO, op. cit. p. 23.

mercado⁶³⁹. Neste item, serão analisadas algumas possibilidades de solução, em modelos que oscilam entre propostas publicistas e modelos privatistas, dentre eles: i) a análise econômica do direito (*Property Rights*); ii) a qualificação do meio ambiente como um bem comum (Comissão Rodotà); iii) a *res in usu publico* e os bens comuns no Direito Romano.

Uma primeira proposta é a análise econômica do meio ambiente. Isto é feito através da atribuição de *property rights* a bens que seriam inicialmente considerados como não passíveis de valoração (por conta de sua inserção num regime de não titularidade). Atribui-se valor aos bens ambientais enquanto bens escassos, incluindo-os no quadro de um problema econômico: o fundamento para a existência dos direitos de propriedade estaria na escassez dos recursos e na forma mais eficiente de alocação⁶⁴⁰. Os recursos naturais foram utilizados por longo tempo sem grande controle, pois no imaginário coletivo prevalecia a ideia de que eles eram inexauríveis e, como tal, estavam fora da circulação e da economia de mercado, o que, sob a nomenclatura jurídica se expressava na classificação como *res communes omnium* e tornava possível a apropriação a título gratuito por parte dos consumidores-utilizadores.

O aproveitamento dos recursos naturais sem qualquer controle trouxe à luz a problemática ambiental e a ponderação sobre os limites da apropriação⁶⁴¹. Passou-se a caminhar da consideração dos recursos naturais de ilimitados e infinitos para a consideração de escassez, bem como para uma reflexão sobre os limites da apropriação. Na qualidade de *res communes omnium*, era excluída uma série de bens (água, ar, luz, calor atmosférico), que não podem ser considerados bens em sentido econômico porque não suscetíveis de apropriação. Tais bens passam a ser considerados bens econômicos por conta da escassez, o que faz com que juridicamente possam ser qualificados de bens jurídicos em sentido amplo.

Colocada a limitação de recursos que antes se pensavam ilimitados, a discussão passa a ser voltada para a solução de problemas como a escassez e ao conflito existente entre as várias pretensões de apropriação. As escolhas ambientais estão ligadas à distinção entre recursos escassos e recursos ilimitados: se um recurso é escasso, a solução é atribuí-lo a alguém e, posteriormente, fixar os mecanismos necessários para distribuir sua utilidades aos demais; se o recurso é ilimitado, pode-se escolher um sistema de comunhão universal ou de

⁶³⁹ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3A128027>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

⁶⁴⁰ Sobre o tema, ver ALPA, Guido. Un'esperienza in progress: il modello nord-americano. In: *Diritto e ambiente: materiali di dottrina e giurisprudenza*. Commentati da Mario Almerighi e Guido Alpa. Parte I – Diritto Civile. Cedam: Padova, 1984. p. 249-258.

⁶⁴¹ CENDON, Paolo. *Proprietà, riserva e occupazione*. Napoli: Jovene Editore, 1997.

não-titularidade⁶⁴². Diante de recursos limitados, surge a necessidade de estabelecer formas jurídicas de atribuição de titularidade que sejam economicamente viáveis e adequadas a cada situação.

Uma vez atribuída a propriedade a alguém, o proprietário deve arcar com os custos da sua propriedade, assim como o poluidor com os custos de sua atividade, o que pode ser feito mediante uma análise de custo-benefício entre os riscos e os lucros obtidos. Para que haja um perfeito funcionamento da instituição da propriedade, o proprietário tem que arcar com todos os custos dos seus atos, que não devem ser aliviados pelo setor público, e, em tais custos, devem ser necessariamente computados aqueles decorrentes de atividades que podem afetar o equilíbrio ecológico e que geram a necessidade de compensação dos riscos.⁶⁴³

A tutela da análise econômica é essencialmente uma tutela proprietária, baseada num repensar da teoria dos bens, que atribui valor a bens antes considerados insuscetíveis de apropriação. O objetivo é um bem-estar social, gerado pela eficiência na utilização dos recursos ou maximização de titularidades: com o menor custo gerar o maior grau de utilidade possível no uso de um recurso, o que passa pela escolha da solução jurídica à luz das consequências econômicas geradas⁶⁴⁴. Parte-se de um pressuposto de que eficiência na utilização dos recursos automaticamente redundaria em benefício para toda a sociedade.

Nesta perspectiva, o Direito Privado seria mais adequado para resolver os mecanismos atinentes aos danos ambientais e à proteção do bem ambiental, por permitir uma maior flexibilidade em detrimento das técnicas publicistas de comando-controle⁶⁴⁵. A ponderação dos elementos econômicos envolvidos através da análise custo-benefício para solucionar as questões ambientais permite a verificação das medidas mais adequadas, que não podem descurar da autonomia privada e da liberdade de iniciativa. As escolhas feitas pela autonomia privada promoveriam uma melhor alocação de recursos decorrentes da ponderação entre o

⁶⁴² GAMBARO, Antonio. *La proprietà: beni, proprietà, comunione*. In: Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Milano. Giuffrè, 1990. p. 7 et seq. O autor defende que os agrupamentos humanos parecem mais felizes quando é possível estabelecer uma situação de não-titularidade, possivelmente por conta de uma natural aversão humana às regras e ao direito ou porque simplesmente a aplicação das leis, até que sejam realmente tidas como necessárias, acaba por ser antieconômica, pois as utilidades geradas são inferiores aos incômodos.

⁶⁴³ “Pode-se extrair dessa posição que a única maneira da instituição da propriedade privada funcionar em sua plenitude é quando todos os custos dos atos de seus proprietários forem arcados por este, e não serem aliviados pelo poder público, que pode ter criado inclusive o incentivo inicial para aquela atividade por meio de subsídios, isenções fiscais ou concessões monopolísticas”. (MISES, Ludwig von. *Ação Humana*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 914-916)

⁶⁴⁴ PATTI, Salvatore. *Ambiente e (tutela dell') nel diritto civile*. Estrato dal Digesto IV edizione. Torino: Utet, 1987. p. 22.

⁶⁴⁵ Sobre os instrumentos privados de tutela ao ambiente, consultar: DI GIOVANNI, Francesco. *Strumenti privatistici e tutela dell'ambiente*. Padova: Cedam, 1982.

curso da proteção ambiental e o benefício por ela proporcionado⁶⁴⁶. Tais escolhas podem alocar as perdas entre os sujeitos envolvidos no fenômeno da poluição, transmitindo os riscos e os custos conexos da vítima para o causador do dano. Essas formas de tutela privada seriam mais eficazes do que um sistema publicista porque permitiriam uma proteção ambiental inserida dentro de uma lógica de mercado e de liberdade econômica.

O uso de instrumentos de Direito Privado permitiria a adoção de um sistema não apenas repressivo, mas também compensatório, o que seria mais adequado a tutelar os interesses em jogo e acabaria por outorgar às medidas legislativas em matéria de meio ambiente, um papel apenas supletivo na regulação. Esta visão é refutada por Guido Alpa, que se opõe ao mecanismo norte-americano, exclusivamente privatista, aduzindo que, em se tratando ambiente, o valor em questão impõe uma tutela publicista em virtude da garantia constitucional do valor ambiente que expressa uma opção ideológica solidária, feita pelo texto constitucional⁶⁴⁷.

Salvatore Patti adverte que os instrumentos privatistas sempre foram vistos com desconfiança para tutelar lesões que via de regra transcendem a esfera individual, e nem sempre parecem ligadas ao indivíduo. Contudo, apesar de se tratar de um problema recente, a tutela do ambiente deve ser voltada para a tutela da pessoa humana e o desenvolvimento de sua personalidade, por tal motivo os instrumentos privatistas podem promover uma tutela eficaz do ambiente, dentre eles a responsabilidade civil⁶⁴⁸.

Para Letizia Casertano, o direito de propriedade é chamado a ocupar um novo papel importante na tutela do meio ambiente, contudo aduz que é importante precisar as hipóteses de aplicação dos instrumentos de Direito Privado, que só devem ser utilizados quando a lesão ao bem jurídico ambiental ou aos seus elementos violar também direitos individuais tutelados pelo ordenamento, tais como o direito à saúde e o direito de propriedade⁶⁴⁹. Pondera ainda que, para que haja uma adequada tutela do ambiente, em primeiro lugar, deve ser a ele atribuído um valor patrimonial e, além disso, deve ser estabelecida uma tutela do tipo proprietário.

⁶⁴⁶ Cf. ALPA, Guido; BESSONE; Mario. Un'esperienza in progress: il modello nord-americano. In: ALMERIGHI, Maria; ALPA, Guido *Diritto e Ambiente: materiali di dottrina e giurisprudenza*. Parte I. Diritto Civil. Padova: Cedam, 1984. p. 257.

⁶⁴⁷ Cf. ALPA, Guido; BESSONE; Mario. Un'esperienza in progress: il modello nord-americano. In: ALMERIGHI, Maria; ALPA, Guido *Diritto e Ambiente: materiali di dottrina e giurisprudenza*. Parte I. Diritto Civil. Padova: Cedam, 1984. p. 258.

⁶⁴⁸ PATTI, Salvatore. *La tutela civile dell'ambiente*. Padova: Cedam, 1979. p. 6.

⁶⁴⁹ Cf. CASERTANO, Letizia. *Proprietà e ambiente: la soluzione italiana a confronto con le nuove esigenze di tutela*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 24.

Por conta da ampliação da categoria dos bens objetos de propriedade para abarcar novas realidades imateriais, os mecanismos de tutela devem se adaptar às novas exigências, adotando-se critérios de pragmatismo e também de equidade na solução dos conflitos, numa tentativa de simplificação. Tal seria o objetivo do Direito Privado na tutela ambiental⁶⁵⁰. Por isso o instituto proprietário deve sofrer uma releitura, promovendo-se uma interação entre a propriedade e o ambiente, de modo que ao ambiente possam ser aplicados os instrumentos de tutela tipicamente proprietários, mas juntamente com mecanismos econômicos que são destinados a promover uma tutela mais eficaz.

Quanto ao papel desempenhado pelas normas privatistas no direito ao meio ambiente, a proposta de Barbara Pozzo se insere na sistemática da responsabilidade civil⁶⁵¹. A autora analisa criticamente a polêmica da titularidade do bem ambiental e alega que a ausência de uma clara definição do conceito ocasiona uma miríade de soluções, que acabam por proporcionar uma gestão ineficiente deste mesmo bem. O problema da titularidade do bem jurídico ambiental seria um falso problema porque ligado à abordagem típica da propriedade; por isso mais importante do que buscar definir um conceito e investigar a titularidade do bem ambiental é deslocar a discussão para o âmbito da responsabilidade civil.

Defende, outrossim, que a problemática da titularidade do bem ambiental se refere à responsabilidade civil e não à abordagem típica da propriedade. Assim, a melhor solução seria atribuir a titularidade destes bens a um sujeito que está acima dos demais e usar a responsabilidade civil como mecanismo assecuratório, o que foi feito pela Lei n° 349/86, que instituiu as normas em matéria de dano ambiental na Itália⁶⁵². A citada lei atribui a legitimidade ativa ao Estado e aos entes territoriais menores - nos quais incida o fato lesivo - para pleitear a reparação dos danos ambientais, estando excluídos os particulares, o que teria tornado a discussão sobre a titularidade do ambiente desnecessária⁶⁵³. Assim, por uma via

⁶⁵⁰ Ibidem. p. 28.

⁶⁵¹ POZZO, Barbara. Ambiente e diritto privato. In: *Ambiente e Diritto*. II. A cura di Stefano Grassi; Marcelo Cecchetti (et. altri). Leo S. Olshki: 1999. p. 463.

⁶⁵² Art. 18.

[1. Qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato.] (1)

[...]

[3. L'azione di risarcimento del danno ambientale, anche se esercitata in sede penale, è promossa dallo Stato, nonché dagli enti territoriali sui quali incidano i beni oggetto del fatto lesivo.] (1)

[4. Le associazioni di cui al precedente articolo 13 e i cittadini, al fine di sollecitare l'esercizio dell'azione da parte dei soggetti legittimati, possono denunciare i fatti lesivi di beni ambientali dei quali siano a conoscenza.]. Disponível em: <http://www.minambiente.it/sites/default/files/legge_08_07_1986_349.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2016.

⁶⁵³ A referida lei atribui também às associações reconhecidas pelo Ministério do meio ambiente a possibilidade de intervir em juízo e pedir a anulação dos atos ilegítimos, além da possibilidade de provocar os legitimados a

transversa, foi atribuída a titularidade dos recursos ambientais ao Estado, para permitir a atuação dos mecanismos da responsabilidade civil e promover a internalização dos custos destes recursos.

A atribuição deste bem a um sujeito público e a definição da titularidade seria apenas um mecanismo para que se possa usar a responsabilidade civil como mecanismo assecuratório⁶⁵⁴. Por isso propõe que seria melhor abandonar a discussão do ambiente como bem jurídico e entender que essa atribuição do ambiente como bem não se refere à propriedade e sim à legitimidade, deslocando a discussão para a esfera processual da responsabilidade civil.

Cabe frisar que os posicionamentos acima citados, ainda que apresentem conteúdo variável, possuem uma linha comum, que é o conteúdo privatista das soluções e o entendimento de que os mecanismos de Direito Privado podem tutelar o ambiente em alguma medida e diante de circunstâncias específicas. Os mecanismos civilistas são os atinentes à autonomia privada, às técnicas de tutela proprietária e também aos instrumentos compensatórios e reparatórios, como a responsabilidade civil. Por outro lado, existem análises essencialmente publicistas que focam em institutos como os bens comuns, a propriedade coletiva ou a categoria da *res in usu publico*, que apresentam um caráter publicista no que tange às propostas de soluções. Dentro dessa via tendente à publicização da tutela ambiental, diversas soluções se apresentam, tendo em comum o papel central do ente estatal nas políticas ambientais e na elaboração de meios compensatórios e ressarcitórios dos danos.

agir para que tomem as medidas cabíveis. Posteriormente, uma lei de 1999 acabou por dar-lhes legitimidade ativa em algumas hipóteses, nos casos em que a ação de reparação é de competência do juiz ordinário, trazendo uma espécie de legitimação extraordinária. Leia-se o texto:

“Art. 13.

1. Le associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale e quelle presenti in almeno cinque regioni sono individuate con decreto del Ministro dell'ambiente sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsti dallo statuto, nonché della continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna, previo parere del Consiglio nazionale per l'ambiente da esprimere entro novanta giorni dalla richiesta. Decorso tale termine senza che il parere sia stato espresso, il Ministro dell'ambiente decide (1).

2. Il Ministro, al solo fine di ottenere, per la prima composizione del Consiglio nazionale per l'ambiente, le terne di cui al precedente art. 12, comma 1, lett. c) effettua, entro trenta giorni dall'entrata in vigore della presente legge, una prima individuazione delle associazioni a carattere nazionale e di quelle presenti in almeno cinque regioni, secondo i criteri di cui al precedente comma 1, e ne informa il Parlamento (2).

(1) Così modificato dall'articolo 17 della legge 23 marzo 2001, n. 93. (2) A norma dell'articolo 4 della legge 3 agosto 1999, n. 265 le associazioni di protezione ambientale di cui al presente articolo, possono proporre le azioni risarcitorie di competenza del giudice ordinario che spettano al Comune e alla Provincia, conseguenti a danno ambientale. L'eventuale risarcimento è liquidato in favore dell'ente sostituito e le spese processuali sono liquidate in favore o a carico dell'associazione”. Disponível em:

<http://www.minambiente.it/sites/default/files/legge_08_07_1986_349.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2016.

⁶⁵⁴ POZZO, Barbara. Ambiente e diritto privato. In: *Ambiente e Diritto*. II. A cura di Stefano Grassi; Marcelo Cecchetti (et. altri). Leo S. Olshki: 1999. p.463.

Uma destas correntes coloca o bem ambiental como uma nova categoria de bens e uma propriedade situada entre o público e o privado, frequentemente associada à propriedade coletiva. Como exemplo, pode-se citar Paolo Maddalena, que concebe o Estado como titular de uma propriedade coletiva do bem ambiental, noção recebida pela jurisprudência da *Corte dei Conti*⁶⁵⁵. A Constituição italiana, ao afirmar, no artigo 41, a prevalência do interesse público sobre o privado, teria estabelecido a superioridade constitucional e jurídica da propriedade coletiva sobre a propriedade individual, em oposição à prevalência histórica da primeira⁶⁵⁶. Assim, a exigência de integrar o modelo coletivo no sistema constitucional foi determinada pela necessidade de redimensionar o estatuto teórico da “*appartenenza*”, de modo a incluir um novo critério de classificação, baseado na função do bem e nos interesses da coletividade a ele ligados⁶⁵⁷.

O raciocínio apontado deve ser aplicado ao bem ambiental, que se configuraria como uma propriedade coletiva, insucessível de apropriação individual. Os bens coletivos não se submetem à lógica da apropriação individual; portanto é um equívoco pretender uma tutela que a tome por base. Segundo o autor, a expressão “bem jurídico ambiental” não deve ser compreendida dentro da lógica da apropriação e dos fundamentos proprietários, mas sobretudo como um interesse juridicamente protegido, tal como o bem jurídico tutelado na esfera penal.

A juridicidade do bem ambiental não depende nem está ligada à possibilidade de apropriação individual das utilidades e sim à tutela dada pelo ordenamento jurídico, com base no pressuposto de titularidade dos bens atuais e de sua fruição coletiva. As situações jurídicas que daí decorrem são posteriores e não o fundamento da tutela em si. Com isso, o jurista quer ressaltar que a juridicidade do bem ambiental funda-se na tutela que o ordenamento jurídico assegura ao ambiente, o que é mais importante do que o *nomen iuris* ou a definição jurídica das situações relativas aos particulares e à coletividade, que podem se manifestar de muitos modos.

Aqui uma distinção é necessária. A propriedade coletiva tem a função de resguardar determinados bens, que são especialmente relevantes para a coletividade, com o intuito de

⁶⁵⁵ MADDALENA, Paolo. I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni. *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*. n. 19/2011. Disponível em: federalismi.it. Acesso em: 19 jun. 2016.

⁶⁵⁶ MADDALENA, Paolo. *Relazione al Convegno di studi sul tema “Regole per il buon governo. La riforma della legge regionale toscana sul governo del territorio*. Firenze, 20 novembre 2013. Disponível em: <www.eddyburg.it>. Acesso em: 19 jun. 2016.

⁶⁵⁷ VESTO, Aurora. *I beni. Dall'appartenenza egoistica alla fruizione solidale*. Torino: Giappichelli, 2014. p.127.

assegurar a conservação do patrimônio natural e cultural de um agrupamento social⁶⁵⁸. Enquanto a propriedade individual foi pensada como mecanismo de tutela do indivíduo, a propriedade coletiva se propõe a tutelar os bens, e, por esta diversidade de funções, as duas modalidades podem coexistir no sistema jurídico⁶⁵⁹. Grossi aponta que a propriedade coletiva traz uma inversão na lógica proprietária individual por colocar a coisa e o grupo no centro da tutela e não apenas o indivíduo enquanto sujeito de direitos.⁶⁶⁰ Como consequência desta inversão, a propriedade é essencialmente funcional: tudo deve servir a um escopo comum, com base nas regras definidas pela comunidade, que possui a responsabilidade pela gestão das utilidades coletivas, num regime marcado pela impossibilidade de apropriação individual e pela indisponibilidade dos bens⁶⁶¹.

A nomenclatura “bens comuns” é bastante ampla e engloba realidades heterogêneas, o que a faz perder em eficácia e normatividade. Verificando essa dificuldade, Maria Rosamaria Marella⁶⁶² propõe uma classificação dos bens comuns, estabelecendo diversas categorias, dentre as quais: i) os bens materiais, como os recursos naturais, e bens que possuem substrato material, mas que estão envolvidos em estruturas mais complexas, como o ambiente.; ii) bens imateriais; iii) os direitos sociais; iv) o espaço urbano; v) o trabalho e a informação. Verifica-se que, na classificação proposta, são englobadas diversas utilidades ou valores que não estão necessariamente ligadas às formas de apropriação e ao estabelecimento de titularidades tradicionais.

A discussão passa pela classificação da propriedade como pública ou privada e, conseqüentemente, pela distinção daí decorrente entre os bens públicos e os bens privados. Dentro deste contexto, surge a proposta de solução que qualifica o ambiente como um bem comum. Os bens comuns partem de um princípio de solidariedade social entre os homens e da ideia de que eles pertencem originariamente à coletividade e vêm sendo mantidos dentro de

⁶⁵⁸ Cf. GERMANO, Alberto; BUGIANI, Cesare (a cura di). *La ricchezza della diversità*. L'insegnamento del diritto agrario come strumento di cooperazione per lo sviluppo - Atti della Giornata di studio di studio, Università' di Roma, 9 dicembre 2008. Milano: Giuffrè, 2009. p. 658.

⁶⁵⁹ MICELI, Vincenzo. *Il concetto della proprietà dal punto di vista filosofico e giuridico*. Aquila: Vecchioni, 1927. p. 122.

⁶⁶⁰ GROSSI, Paolo. Il problema storico-giuridico delle proprietà collettive in Italia. In: *Atti del XXXI Incontro di Studi del Ce.S.E.T*, Sassari 14-15 settembre 2001, "Analisi degli aspetti economico-estimativi e giuridici delle terre soggette al diritto di godimento collettivo". Sassari: Stampacolor Sassari, 2002. p. 13-22.

⁶⁶¹ Grossi aponta que a propriedade coletiva subverte a lógica da apropriação individual porque esta vem “de baixo”, da própria coisa, que passa a ser o centro, e não mais o indivíduo. “*La proprietà collettiva viene dal basso, dalle cose stesse e permette l'attribuzione di rapporti di appartenenza che sono ordinati collettivamente: negli assetti proprietari collettivi, siccome l'origine si pone nel rapporto dell'uomo con la terra, la cosa è il centro gravitazionale e non l'individuo*” (GROSSI, Paolo. *Un altro modo di possedere*. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria. Milano, 1977. p. 387.).

⁶⁶² MARELLA, Maria Rosamaria. Introduzione. Per un diritto dei beni comuni. In: *Oltre il pubblico e il privato: per un diritto dei beni comuni*. Verona: Ombrecorte, 2013. p. 17-19.

um quadro de cooperação, exigindo o reconhecimento por parte do poder público, que deveria proporcionar um regramento próprio a tais bens, adaptado às suas peculiaridades⁶⁶³.

Em se tratando de um bem coletivo como o meio ambiente, é importante notar que este não se submete à lógica da apropriação individual por tratar-se de uma categoria autônoma. Portanto mais importante do que resolver a controvérsia doutrinária sobre os titulares do direito ao meio ambiente e à propriedade do bem ambiental seria a definição de um regime jurídico que lhe seja próprio, devidamente adaptado à noção dos bens comuns. Neste sentido, em junho de 2007, é instituída a Comissão Ministerial para a Reforma dos Bens Públicos junto ao Ministério da Justiça italiano, presidida por Stefano Rodotà.

O projeto foi encomendado como objetivo de promover uma atualização do Título II do Livro III (Da propriedade) do Código Civil, na parte relativa aos bens públicos, sob a alegação de que o diploma legislativo, por ser de 1942, estaria obsoleto, em especial no que tange aos novos bens, objeto de tutela, dentre eles os bens imateriais, tais como os financeiros, os tecnológicos e os recursos naturais. Além disso, a necessidade de harmonização da legislação interna à nova filosofia de gestão dos bens públicos às diretivas europeias imporia a criação de novos mecanismos de gestão baseados na eficiência e na sustentabilidade⁶⁶⁴, o que poderia ser feito através de um novo regime jurídico.

A título elucidativo, para que se possa compreender melhor os motivos da instauração da Comissão e as razões da proposta final, cumpre analisar brevemente a classificação dos bens e da propriedade no Direito italiano. O artigo 42 da Constituição do país indica apenas duas espécies de propriedade, a pública e a privada, e determina que os bens pertencem ao Estado, aos entes públicos ou aos particulares⁶⁶⁵. Por seu turno, o Código Civil⁶⁶⁶ estabelece o regime jurídico dos bens públicos, que se subdividem em bens dominicais e bens

⁶⁶³ Ibidem, p.11.

⁶⁶⁴ Conforme o relatório da Comissão Rodotà, na parte em que versa sobre os pressupostos da reforma. Disponível em: <<https://www.giustizia.it/data/multimedia/2430.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

⁶⁶⁵ Art. 42.

La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.

Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

⁶⁶⁶ Cf. Art. 823 Condizione giuridica del demanio pubblico

I beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano (Cod. Nav. 30 e seguenti, 694 e seguenti). Art. 828 Condizione giuridica dei beni patrimoniali

I beni che costituiscono il patrimonio dello Stato, delle province e dei comuni sono soggetti alle regole particolari che li concernono e, in quanto non è diversamente disposto, alle regole del presente codice.

I beni che fanno parte del patrimonio indisponibile non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano. Disponível em:

<http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib3.htm>. Acesso em: 01 jul. 2016.

patrimoniais, diferenciados, conforme os critérios relativos à alienabilidade, prescritibilidade e possibilidade de serem objetos de direito de terceiros.

A classificação trazida pelo diploma civilista foi apontada como restritiva e incompleta, por deixar de fora algumas situações nas quais o interesse público estava presente. Além disso, os bens coletivos, como o meio ambiente, não encontravam respaldo na dicotomia proposta, que passou ao largo deste novo valor⁶⁶⁷. A taxonomia trazida pelo Código não refletiria a realidade econômica e social e muito menos a evolução ocorrida no conceito de propriedade, pois a disciplina dos bens públicos continua a ser feita através de um critério formal, baseado na distinção entre dominialidade e patrimonialidade.

O projeto parte do pressuposto de que não é a titularidade o critério definidor da propriedade de um bem, portanto este deve ser dado pela função que bem desempenha e não mais com base no sujeito que a possui. Deslocando-se a tutela proprietária do sujeito para o bem em si mesmo, a função por ele desempenhada torna-se o critério definidor da nova classificação proposta: bens de interesse privado e bens de interesse público. Com isso, afasta-se a dicotomia bens públicos *versus* bens privados, baseada na qualidade do sujeito proprietário.

Segundo a Comissão Rodotà, o abandono do critério de classificação dos bens como públicos ou privados, a partir do sujeito proprietário por um outro centrado no bem e na sua função, seria mais eficaz para tutelar situações *sui generis*, como as decorrente da propriedade coletiva e dos bens comuns, nas quais a titularidade não pode ser estabelecida nos moldes apropriativos tradicionais, o que determina a sua desimportância como critério definidor ou parâmetro da classificação. O aspecto que qualifica o bem não mais é composto pelo regime de apropriação e estabelecimentos de titularidades (propriedade privada *versus* propriedade pública), e sim pelo interesse que prevalece na função por eles desempenhada dentro do sistema jurídico (interesse privado *versus* interesse público).

Com base nestes pressupostos, que teriam sido corroborados pela doutrina comparada⁶⁶⁸, a Comissão, em fevereiro de 2008, partindo da “convicção que o mero estatuto jurídico das tipologias individuais, conforme o direito italiano vigente, constitui um critério

⁶⁶⁷Conforme o relatório da Comissão Rodotà. Disponível em:

<<https://www.giustizia.it/data/multimedia/2430.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

⁶⁶⁸ Cf. Relatório da Comissão, p. 4: “La Commissione ha cominciato i propri lavori con un approfondito studio della letteratura più autorevole consacrata negli anni alla materia dei beni pubblici, nell’ambito della quale importanza cruciale riveste tradizionalmente la nozione di demanialità a matrice della moderna dottrina del demanio nasce da una distinzione nell’ambito dei beni (soggettivamente) pubblici, tendente ad individuare alcune categorie di beni da tenersi fuori dall’applicazione del diritto comune perché strettamente destinati ad una funzione di pubblico interesse”. Disponível em: <<https://www.giustizia.it/data/multimedia/2430.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

arbitrário⁶⁶⁹”, apresenta uma proposta com caráter inovador e que será examinada em breves linhas no presente estudo, sem adentrar em todas as polêmicas e potencialidades relativas ao assunto⁶⁷⁰. O projeto apresenta algumas diretrizes gerais que vão permear a reforma dos bens públicos, quais sejam: a) a alteração do art. 810 do Código Civil, para incluir na categoria de bens as coisas materiais ou imateriais, cujas utilidades possam ser objeto de direito⁶⁷¹; b) a classificação dos bens em três categorias: bens públicos, bens privados e bens comuns; c) a previsão da categoria dos bens comuns, dos quais podem ser titulares pessoas jurídicas públicas ou privadas; d) a substituição do regime da dominialidade e da patrimonialidade dos bens públicos por uma classificação fundada na natureza e na função destes bens, em conformidade com o texto constitucional; e) a definição de parâmetros para a gestão e valoração dos bens públicos.

Propõe-se um novo critério que toma por base os bens públicos em sentido objetivo. Os bens públicos devem ser divididos em categorias que expressem diversas funcionalidades que exprimem uma utilidade pública não derogável, que não se restringe à titularidade. Assim é que os bens públicos devem ser divididos ou classificados do seguinte modo, em conformidade com os interesses que satisfazem: a) os bens de titularidade pública necessária; b) os bens públicos sociais; c) os bens públicos frutíferos.

Os bens de titularidade pública necessária satisfazem interesses gerais fundamentais, cuja tutela decorre das prerrogativas do Estado e dos entes públicos territoriais. Tais bens não são usucapíveis, nem alienáveis e sua circulação pode ocorrer apenas entre o Estado e os outros entes públicos territoriais⁶⁷². Os bens públicos sociais são os que satisfazem as necessidades relativas aos direitos civis e sociais da pessoas, tais como, os edifícios públicos que albergam hospitais, escolas e asilos, os quais estão vinculados a uma destinação específica e não podem ser usucapidos, contudo podem circular, desde que mantida a afetação realizada. Para que cesse o vínculo de destinação, o ente público deve se comprometer a manter ou melhorar a qualidade dos serviços sociais prestados⁶⁷³. Por fim, os bens públicos

⁶⁶⁹ Cf. Relatório da Comissão, no original. p. 5. Disponível em:

<<https://www.giustizia.it/data/multimedia/2430.pdf>>. Acesso em: 01. jul. 2016.

⁶⁷⁰ A versão integral do projeto final está disponível como apêndice da seguinte obra: MARELLA, Maria Rosamaria. *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*. In: *Oltre il pubblico e il privato: per un diritto dei beni comuni*, introduzione e cura di Maria Rosaria Marella. Verona: Ombrecorte, 2013. p. 161-168.

⁶⁷¹ A redação original do citado artigo tem inspiração romana e não inclui as coisas imateriais como bens jurídicos, nos seguintes termos: “Art. 810: *Nozione*. Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti”. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib3.htm>. Acesso em: 01 jul. 2016.

⁶⁷² Art. 1, item 3, letra. d) n. 1 da versão final do projeto. MARELLA, Maria Rosamaria. *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*. In: *Oltre il pubblico e il privato: per un diritto dei beni comuni*, introduzione e cura di Maria Rosaria Marella. Verona: Ombrecorte, 2013. p. 161-168.

⁶⁷³ Cf. Art. 1, item 3, letra. d) n. 2 da versão final do projeto. Cf. MARELLA, loc. cit.

frutíferos são os bens que não se enquadram nas categorias precedentes, sendo definidos por exclusão. São alienáveis e geridos por instrumentos de Direito Privado. Insere-se aí o patrimônio imobiliário público que não pode ser inserido nas demais categorias⁶⁷⁴.

Quanto aos bens comuns, o projeto define que são bens comuns, entre outros, os rios, as torrentes e as suas fontes, os lagos e as outras águas, o ar, os parques, como definidos por lei, as florestas e os bosques, a fauna, a flora, os bens tutelados, os bens arqueológicos, culturais e ambientais, as zonas paisagísticas tuteladas, dentre outros. Define que podem ser titulares dos bens comuns as pessoas jurídicas públicas ou privadas, contudo a legitimidade da ação para reparação de danos causados a estes cabe exclusivamente ao Estado, salvo caso de legitimação extraordinária. Prevê ainda que tais bens devem ser tutelados pelo ordenamento jurídico em favor das futuras gerações, devendo ser garantida a sua fruição coletiva, nos limites e possibilidades fixados pela lei, cuja disciplina será coordenada com a dos usos cívicos, instituto que se relaciona com a propriedade coletiva na Itália.

A orientação do projeto Rodotà foi adotada como fundamento da sentença n. 3665, de 1402-2011, da Corte de Cassação⁶⁷⁵, que reconheceu expressamente a categoria dos bens comuns. O caso tratava de uma disputa entre Azienda Marina Averno e poder público sobre a propriedade do “*Valle Averno*”, uma das regiões de pesca que constituem a zona meridional do lago de Veneza. A citada pessoa jurídica pretende fazer valer o seu direito de propriedade sobre o bem objeto de controvérsia, pleito ao qual se opõe o Estado, sob a alegação da natureza dominial do mesmo desde a época do Império austríaco (1841), portanto antes mesmo da unificação italiana, sendo considerado como pertencente ao domínio natural marítimo necessário.

A Corte confirmou a natureza dominial, contudo adicionou uma nova *ratio decidendi*, ao entender que a região que estava sob controvérsia deveria ser considerada um bem comum, atribuível à coletividade, independentemente de sua classificação como objeto de titularidade pública ou privada. A decisão aponta que a classificação tradicional de bens públicos deve ser superada pela adoção de novos critérios finalísticos e funcionais na individuação da natureza dominial de um bem⁶⁷⁶.

Os bens comuns se configurariam como expressão da funcionalidade de determinados bens que estão ligados aos direitos fundamentais e ao livre desenvolvimento das pessoas. Por

⁶⁷⁴ Cf. Art. 1, item 3, letra. d), n. 3. da versão final do projeto. Cf. MARELLA, loc. cit.

⁶⁷⁵ Disponível em: <<http://www.masterdirittoprivatoeuropeo.it/wp-content/uploads/2012/05/36652011.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2016.

⁶⁷⁶ Cf. <[http://www.treccani.it/enciclopedia/beni-pubblici-e-privati-criteri-di-individuazione-della-demanialita-di-un-bene_\(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/beni-pubblici-e-privati-criteri-di-individuazione-della-demanialita-di-un-bene_(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto))>. Acesso em: 04 jul. 2016.

isso os bens que, por uma interpretação sistemática, resultem funcionalmente ligados aos interesses da coletividade e à realização do Estado social – tais como os ambientais e os paisagísticos – devem ser considerados bens comuns, independente da sua titularidade e de uma prévia individuação por parte do legislador. A temática estaria intimamente ligada à função social da propriedade, que não constituiria apenas um limite, seria um limite externo ao direito do proprietário, mas funcionaria também como um parâmetro distintivo ou um elemento qualificador da natureza pública de um bem.

Retomando a análise da proposta da Comissão Rodotà, Grisolleto salienta que esta tem o mérito de apontar uma crítica ao modelo de propriedade tradicional, contudo tem o inconveniente de gerar insegurança jurídica. O abandono do critério da titularidade na qualificação dos bens públicos, com a sua consequente substituição por um outro que leva em consideração o interesse prevalente, acaba por trazer uma grande dose de discricionariedade para o intérprete na qualificação do bem, o qual acabaria por adotar considerações metajurídicas para definir sobre a prevaência do interesse público ou do privado⁶⁷⁷.

Maria Rosamaria Morella define como louvável o fato de a proposta ter trazido uma classificação pautada nos direitos fundamentais, porém ressalva que os bens comuns não podem ser definidos a partir dos direitos individuais e sim pelo aspecto coletivo que deve permear a sua gestão. O foco excessivo na dimensão individual teria obscurecido a dimensão coletiva dos bens comuns, os quais ensejariam também uma reforma dos instrumentos processuais, o que não foi completamente realizado, pois, apesar de o projeto atribuir legitimação processual ativa para todos os sujeitos que fruissem dos bens comuns, esta seria restrita a uma tutela inibitória⁶⁷⁸.

Por seu turno, Andrea di Porto, com o intuito de esclarecer as origens históricas da tutela ambiental e dos valores coletivos, escreveu dois importantes livros⁶⁷⁹, nos quais pretende desfazer algumas confusões causadas pelo esquecimento de institutos importantes já no Direito republicano. Sustenta que a ideia de *bens comuns (comuni)* está ligada à noção de *res in usu publico*, referente à classificação dos bens em Roma, portanto mais importante do que criar um novo instituto é recuperar uma solução historicamente eficaz e que acabou por se perder no estudo do Direito Romano.

⁶⁷⁷GRISOLETTO, Nicola. *Le “nuove proprietà” e i “nuovi beni” in una prospettiva costituzionale*. Tesi. Università degli Studi di Ferrara. Dottorato di Ricerca in Diritto Costituzionale, anni 2008-2011, p. 53, nota 172.

⁶⁷⁸MARELLA, Maria Rosamaria. Introduzione. Per un diritto dei beni comuni. In: *Oltre il pubblico e il privato: per un diritto dei beni comuni*, introduzione e cura di Maria Rosaria Marella. Verona: Ombrecorte, 2013. p.27.

⁶⁷⁹DI PORTO, Andrea. *Res in usu publico e beni comuni: il nodo della tutela*. Torino: Giappichelli, 2013; DI PORTO, Andrea. *Salubritas e forme di tutela in età romana*. Il ruolo del civis. Torino: Giappichelli, 2014.

Por isso, além das diversas propostas sobre a qualificação do bem ambiental, entende-se por oportuno trazer a lume as soluções elaboradas por este Direito para solucionar a problemática dos bens comuns. A classificação atual dos bens no Direito italiano, baseada na dicotomia público-privado, pretende dividir os objetos de apropriação pelo homem em duas categorias bem definidas, não deixando espaço para outras divisões ou categorias de bens. Os romanos, por seu turno, possuíam uma classificação tripartida dos bens: “*res publicae*”, “*res privata*” e “*res in usu publico*”. Estas últimas eram atribuídas ao *populus romanus* e gozavam de uma tutela dotada de ampla legitimação ativa. Com efeito, o estudo dos interditos pode contribuir sobremaneira para a construção de uma teoria apta a tutelar os bens que permanecem na fronteira entre o público e o privado e que não possuem uma exata qualificação em termos de teoria jurídica.

Na passagem da República para o Império, o perfil dos interditos muda, uma vez que a tutela, inicialmente sob responsabilidade do pretor, mediante provocação de qualquer cidadão, passa a ter nova fisionomia, e estar sob responsabilidade dos funcionários do império, isto é, a legitimação deixa de ser popular, atribuída ao cidadão e passa a ser conferida ao próprio Estado, através dos seus funcionários⁶⁸⁰. Isso acontece antes mesmo da criação da pessoa jurídica como ficção e demonstra como um interesse cujo titular, originariamente, era o “*populus romanus*” passou a ter como titular os representantes do Estado, numa espécie de confusão entre o que é coletivo e o que é estatal⁶⁸¹.

Na Idade Republicana, a dicotomia público-privado tem um significado diverso daquele que assumirá na época Imperial: o termo “público” significa “comum”, associado à noção de utilidade comum, de modo que a citada dicotomia comporta a dimensão do popular público-privado neste período⁶⁸². Na fase Republicana, a ideia de “público” passa a ser associada exclusivamente ao Estado, o que explica o surgimento da “*res communes omnium*” como categoria jurídica diversa da “*res publicae*” (século III). A dicotomia público-privado

⁶⁸⁰ Na passagem da Idade Republicana para o Império, a noção de “*populus*” perde a importância. O público, que antes significava algo coletivo ou popular, passa a ser identificado com o “Estado”. Surge uma nova legitimação popular, a ser exercida por um órgão do aparato imperial. O sentido da ação popular é modificado: deixa de ser expressão da soberania do “*populus*”, reconhecida para fazer valer direitos públicos difusos. Cf. DI PORTO, Andrea. *Salubritas e forme di tutela in età romana. Il ruolo del civis*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 21.

⁶⁸¹ Para Lobrano, o desaparecimento está ligado ao dogma da personalidade do Estado e a conseqüente separação entre o público e o privado. A mudança teria sido reforçada com o surgimento dos Estados Nacionais e o seu posterior reconhecimento como pessoas jurídicas. Cf. LOBRANO, Giovanni. A teoria da república (fundada sobre a “sociedade” e não sobre a “pessoa jurídica”) no Corpus Juris Civilis de Justiniano (Digesto 1.2-4)1. *Revista Sequência*. n. 59, p. 13-41, dez. 2009.

⁶⁸² Sobre a evolução do sentido da distinção entre o bens públicos e os privados, consultar: GEUSS, Raymond. *Beni pubblici. Beni privati. Origine e significato di una distinzione*. Traduzione di Marta Monterisi. Roma: Donzelli Editore, 2005.

não contém mais o que é comum e torna-se necessária uma terceira dimensão, que é justamente aquela trazida pela “*res communes omnium*”.

A ideia de “comum”, de “popular”, inserida na noção de público, tal como ocorria na fase republicana, tem consequências jurídicas importantes na tutela da “*res in usu publico*”, dotada de ampla legitimação popular. A disciplina destes bens é centrada na tutela que a eles é conferida, pois são considerados em razão da sua função, o que fundamenta uma tutela diferenciada. Por isso o estudo das fontes romanas e a redescoberta das ações populares podem auxiliar na construção de soluções razoáveis e técnicas a uma variedade de questões que decorrem da ausência de definição e regime jurídico para determinados fenômenos que atualmente não enquadram nas categorias estabelecidas⁶⁸³.

Para comprovar sua tese sobre a utilidade do Direito Romano na resolução de questões atuais, Di Porto analisa um grupo de sentenças proferidas pelas Seções de Direito Privado na Corte de Cassação italiana, em fevereiro de 2011, sobre o tema, que culminam no já citado pronunciamento sobre o “*Valli da pesca della laguna di Venezia*”. A partir desta última, realiza uma reconstrução histórica das decisões judiciais e aponta uma série de sentenças que datam da unificação da Itália, nas quais a temática das *res in usu publico* foi reconhecida. A primeira delas é uma decisão da Corte de Cassação, de 09 de março de 1887, sobre a Vila Borghese, uma propriedade privada transformada em importante parque, no qual se localizam museus e bens de importante valor cultural. A Corte entendeu que, apesar de a propriedade pertencer à família Borghese, o povo romano teria um direito de fruição (“*ius deambulandi*”) sobre o bem, direito autônomo, que não se confundiria nem com a servidão e muito menos com um direito pessoal, mas sim “direitos autônomos de natureza peculiar, cujo regulamento pertence em grande parte ao Direito Público”⁶⁸⁴.

Após este marco inicial, seguem-se várias outras, proferidas entre os séculos XIX e XX, nas quais se pode notar a tutela dos bens destinados ao uso público através do reconhecimento da legitimação popular. Nos anos de 1930, a legitimação é expandida e passa a ser conferida para a defesa de bens de uso público que sejam dominiais. Com a entrada em vigor do novo Código Civil italiano (1942), que consagra a propriedade pública como propriedade individual do Estado, inicia-se o progressivo abandono desta orientação da Corte de Cassação, que passa a reconhecer a legitimação popular para a defesa das *res in usu*

⁶⁸³ Igual pensamento possui o professor José Isaac Pilati, em artigo intitulado “Função social e tutelas coletivas: contribuição do Direito Romano a um novo paradigma. *Revista Sequência*, Santa Catarina, v. 26, n. 50, p. 49-69, jul. 2005.

⁶⁸⁴ Cf. DI PORTO, Andrea. *Res in usu publico e beni comuni: il nodo della tutela*. Torino: Giappichelli, 2013.

publico apenas quando estes se referem a bens de propriedade privada, não mais para os bens dominicais.

Progressivamente, as decisões anteriores foram caindo no ostracismo e a temática praticamente desapareceu dos pronunciamentos. Nos 70 e 80, com o surgimento da questão ambiental, o debate passa a girar em torno dos direitos existenciais e das ponderações relativas à saúde e à integridade psico-física, até que a decisão de 2011 sobre o “Valle da Pesca” pareceu mudar os rumos até então traçados e retomar a ideia de fundo da *res in usu publico*.

Para Di Porto, a reconstrução do Direito Romano, nos termos propostos, oferece um quadro mais amplo e rico de soluções do que aquele trazido pela ideia de propriedade coletiva, desenvolvida entre os anos 1960 e 1980, ou mesmo que a noção atual dos bens comuns, em especial porque a preocupação ambiental não foi estranha a este Direito, sobretudo na passagem da Idade Republicana para a Imperial. Em tal momento, ocorreram graves problemas relativos à poluição e à alteração da paisagem e a tutela da *salubritas*, característica das *res in usu publico*, foi utilizada como mecanismo protetivo para solucionar questões variadas, dentre elas as relativas à poluição fluvial, às cloacas e à salubridade do ar⁶⁸⁵.

Vistas as propostas relativas aos mecanismos de tutela do ambiente, cumpre fazer algumas ponderações que são fundamentais para o prosseguimento da investigação proposta. É sabido que os problemas de tutela ambiental eram englobados pela tutela da propriedade, tais como nas relações de vizinhança. Posteriormente, a tutela se desloca da propriedade para o ambiente qualificado como bem jurídico, e o Direito Ambiental surge como um novo fundamento de tutela e elemento unificador de uma política global, baseada em alguns princípios básicos da ecologia.

A partir desta mudança de referencial, é construído o direito ao meio ambiente saudável, entendido como direito difuso. Todavia, para os fins do presente trabalho, sustenta-se que, no Brasil, tal direito refere-se apenas como direito à fruição de um ambiente íntegro. Isto significa que o direito ao meio ambiente (ou o seu reconhecimento como bem jurídico ambiental) traz importantes consequências para fins de tutela e legitimação popular ou dos órgãos constitucionalmente estabelecidos para tal finalidade. Deste modo, não há que falar em uma propriedade ambiental, nos termos proprietários tradicionais, coletiva, apenas quer significar que tal direito pode ser exigido em face do Estado, que deve promover medidas de

⁶⁸⁵ DI PORTO, Andrea. *Salubritas e forme di tutela in età romana. Il ruolo del civis*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 19.

proteção, consentâneas com os interesses individuais. A tutela do ambiente não pode ser ilimitada, devendo-se levar em consideração que a mesma impõe limitações e custos, e não raro esbarra na garantia constitucional da propriedade privada.

Defende-se que o direito ao meio ambiente não é um direito *prima facie* e não se configura como um direito pré-ordenado em relação aos demais direitos estabelecido, tais como a propriedade e a iniciativa econômica. Logo, as intervenções estatais na propriedade não devem ignorar a autonomia privada e a liberdade de iniciativa econômica, que devem ser garantidas ao particular. Além disso, o ambiente não se insere na qualidade de bem jurídico no ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de configurar uma propriedade coletiva, tratando-se apenas de interesse digno de proteção, contudo direito não dotado de um conteúdo constitucional definido.

As normas ambientais permitem uma influência grande dos Estados no regime de propriedade que, inicialmente, vai se publicizando até se tornar uma questão comum, mundial, em que o bem de alguém pode sofrer restrições por conta do ambiente considerado como um bem jurídico digno de tutela. Com isso, muitas vezes, o Estado se agiganta e impõe regras protetivas de modo arbitrário, ocupando o papel que compete aos particulares; invadindo indevidamente a esfera privada e os arranjos entre os particulares. Cabe ressaltar que a propriedade está intimamente ligada à liberdade e ao progresso de um povo, portanto o Estado deve fomentar a livre iniciativa e promover um ambiente econômico no qual os indivíduos sejam encorajados a desenvolver as suas potencialidades e realizar trabalhos produtivos.

Aqui se encontra o nó da questão: estabelecer uma proteção ambiental que não desconsidere a propriedade privada e as razões do seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico. As questões ambientais são reais e não devem ser ignoradas. O desafio, como dito, está em estabelecer uma convivência harmônica entre a autonomia privada e a intervenção estatal em matéria de propriedade, evitando que esta seja aniquilada. No próximo capítulo, pretende-se estabelecer os critérios para a citada intervenção e definir os parâmetros diferenciadores em termos de propriedade privada, pública e coletiva, bem como a sua coligação com a noção de função socioambiental da propriedade.

4 PROPRIEDADE PRIVADA E BEM AMBIENTAL

Vistas as mudanças ocorridas no direito de propriedade e, também, o surgimento do ambiente enquanto valor digno de tutela jurídica, no presente capítulo, examinar-se-ão as possíveis interações entre ambos, em especial a partir da consideração da propriedade como direito subjetivo fundamental e garantia dotada de assento constitucional. A necessidade de estabelecer um justo equilíbrio entre a proteção à autonomia privada e ao ambiente, sem a desconsideração de ambos os valores, é a chave para a investigação acerca da existência de uma função socioambiental da propriedade.

Definidas tais questões, proceder-se-á à verificação das premissas e dos limites da intervenção do Estado na propriedade privada, ocasião em que serão lançadas as bases para que, mais adiante, seja enfrentada a função socioambiental da propriedade, com o objetivo de buscar um equilíbrio entre proteção e liberdade, entre o valor de uso e o valor de existência dos bens, levando-se em consideração que, numa democracia constitucional, tendências aparentemente contraditórias devem ser conciliadas em torno de um núcleo mínimo de consenso⁶⁸⁶, dentro do qual é possível estabelecer os elementos fundamentais dos institutos em tela.

Com tal intuito, principiar-se-á a análise pela garantia da propriedade, o seu significado e manifestações para, posteriormente, buscar compatibilizar tal garantia com a função social atribuída pelo mesmo texto constitucional a tal direito ou garantia, a qual pode se manifestar de modos diversos, em se tratando de propriedade urbana ou rural. De fato, a conformação constitucional da propriedade privada não é de fácil interpretação, sendo importante também verificar que os artigos 184 e 186 da Constituição Federal preveem modos de concretização variados para as funções sociais das propriedades urbana e rural.

Além de variados dispositivos que se referem apenas e tão somente à propriedade, restam ainda os dispositivos que tratam do meio ambiente no mesmo texto constitucional. Por tal motivo, é imperioso analisar cada um dos artigos de modo detido e com maior detalhamento, para que se possa elucidar o sentido desejado pelo constituinte e, assim,

⁶⁸⁶ “Há dois pontos sobre os quais reina o acordo. A atribuição de uma função social à propriedade representa necessariamente: 1) Uma orientação ao legislador, uma vez que estabelece um princípio a que este deverá se subordinar; 2) Uma justificação de todas as formas de intervenção já existentes ou futuras, visto que terão a escudá-las um comando constitucional. Mas aqui já termina a unidade. Podemos distinguir: a) Os autores que não atribuem mais nenhum sentido específico à regra constitucional, enquanto ela não for prolongada na legislação ordinária; b) Os autores que pretendem, pelo contrário, que tal norma é do direito actual, é conteúdo necessário de toda a propriedade”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*. Reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 197).

verificar se é possível definir uma função socioambiental da propriedade no Direito brasileiro, contando - como de praxe na presente investigação - com o suporte da doutrina estrangeira.

4.1 Propriedade como direito fundamental e garantia constitucional

O presente item tem por objetivo esclarecer o direito de propriedade como direito fundamental e como garantia constitucional com vistas a definir qual foi a pretensão do legislador ao tê-lo colocado como direito fundamental no inciso XX, artigo 5º, da Constituição Federal, e, logo após, no inciso subsequente, estabelecer que este deva cumprir uma função social, além de tê-lo previsto como elemento da ordem econômica.

A primeira questão é determinar o alcance da garantia constitucional da propriedade e o seu significado. Depois disso, compreender o significado da função social no artigo 5º e correlacionar com o artigo 170 e com as formas de manifestação da função social na propriedade urbana e rural na Constituição. Posteriormente, analisar a dimensão ambiental prevista no artigo 225, que traz o direito ao meio ambiente, a fim de verificar se é possível falar em uma função socioambiental da propriedade.

Isto posto, iniciar-se-á a exposição pelo significado da garantia da propriedade numa democracia constitucional, bem como delimitá-la de acordo com a conformação dada pela Lei Maior brasileira. Cabe aqui uma consideração importante que pretende esclarecer as premissas usadas pelo presente trabalho. Em se tratando da garantia constitucional da propriedade, entende-se que há um núcleo mínimo, que seria um denominador comum a todas as democracias, para que sejam consideradas como tais, no sentido de trazer a garantia constitucional da propriedade.

Neste ponto, sustenta-se que a citada garantia é a garantia de que não haverá a perda de seus bens sem justo motivo, colocando-se inicialmente em face do Estado, mas também em relação aos demais particulares, que devem se abster de violar a propriedade alheia. Importante salientar que cabe ao Estado, no bojo desta garantia, não só um escopo negativo, no sentido de não intervir na propriedade alheia, mas também um sentido positivo, no sentido de promover os meios coercitivos necessários para reprimir eventuais ameaças ou violação à propriedade privada por parte de indivíduos que vivem na mesma sociedade. Sem que haja esse duplo binário, não há de se falar em garantia constitucional de propriedade.

Outro ponto importante refere-se às origens da propriedade que, em conformidade com a orientação do presente trabalho, seria pré-jurídica e adviria do consenso entre os indivíduos, decorrente da lei natural de atribuir a cada qual o que lhe pertence. Assim, a propriedade é anterior ao Estado, e não por ele fundada, apenas e tão somente reconhecida e respeitada e, assim, torna-se razoável a menção a um núcleo essencial e constante para a mencionada garantia. Trata-se de questão que se refere à posição do indivíduo diante do Estado e dentro da dinâmica social; portanto, para que se evitem as imprecisões conceituais e metodológicas, afigura-se importante diferenciar a propriedade civil da propriedade constitucional.

Miguel Nogueira de Brito⁶⁸⁷ aponta duas concepções essenciais sobre a propriedade: a decorrente da tradição aristotélica, baseada no uso; e a concepção moderna, centrada na aquisição, que tem como marco as ideias de John Locke sobre a apropriação. O primeiro enfoque desloca a propriedade para o plano político, ligada à posição do homem dentro da sociedade de modo estático e ao que ele pode conquistar através da guerra e da sua subsequente distribuição pelo poder político. O enfoque moderno é mais individual e dinâmico, pois desloca o fundamento da propriedade para o trabalho, isto é, no que o homem pode produzir e fazer circular como riqueza dentro do contexto no qual está inserido.

A adoção de cada uma destas visões traz consequências diversas no que toca ao papel do Estado e no modo de regulação da propriedade privada: se, na primeira concepção, a propriedade decorre de uma atribuição do Estado, que a confere aos particulares; no segundo ponto de vista, esta se fundamenta no próprio indivíduo, cabendo ao Estado possibilitar o livre exercício do trabalho e reconhecer a titularidade do indivíduo sobre o que ele mesmo produz. Conforme já salientado, a presente tese inclui-se na última vertente e reconhece um papel garantidor do Estado no livre exercício das potencialidades individuais; por outro lado, define também que não se deve descurar dos ideais de justiça comutativa e distributiva decorrentes da tradição aristotélica.

Além disso, a reflexão sobre as duas tradições proprietárias proporciona uma indagação relativa à justiça, tão cara a Aristóteles, mas que parece estar ausente na tradição moderna, aferrada aos ideais de autonomia privada e liberdade. Daí surge uma indagação que parece inquietar os estudiosos, em especial os teóricos da função social da propriedade: como conciliar os ideais de justiça com a autonomia de vontade que deve ser garantida aos indivíduos pela tradição moderna? Para Brito, a resposta está na inserção de um elemento

⁶⁸⁷ BRITO, Miguel Nogueira. *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: FFMA, 2010. p. 10-11.

social nos textos constitucionais, com o objetivo de evitar uma excessiva absolutização da vontade individual em detrimento do bem comum, uma que “no pensamento moderno, em que a natureza intrínseca da propriedade reside apenas na subordinação à vontade de proprietário impõe-se reconhecer uma limitação externa à propriedade através de ideias como a do Estado Social⁶⁸⁸”.

A instituição da propriedade privada é um requisito para uma vida social justa e permite o livre exercício da autonomia individual, portanto não se pode descurar a importância do estabelecimento de uma garantia a tal direito na Lei Maior de um povo. Se, por um lado, o estabelecimento de uma propriedade constitucional toca a relação entre o indivíduo e o Estado; por outro, a propriedade civil se refere, por excelência, às relações que se estabelecem entre os privados. Embora dotadas da mesma nomenclatura, não se pode olvidar que as propriedades civil e constitucional não são idênticas.

Com vistas a esclarecer as diferenças entre ambas, impõe-se uma abordagem mais detalhada do sentido constitucional de tal instituto de índole essencialmente privatista. Na esteira de Brito⁶⁸⁹, entende-se necessária a distinção entre a propriedade como direito subjetivo - que se aplica na esfera dos privados - e a propriedade como garantia constitucional, definida na relação entre o indivíduo e o Estado. O autor, que pretende agregar elementos da tradição aristotélica com a tradição moderna, defende que se afigura eficaz usar os termos justiça distributiva e justiça comutativa para se referir, respectivamente, à propriedade civil (no plano interindividual) e à propriedade constitucional (no plano das relações entre indivíduo e o Estado).

No que concerne à propriedade civil, o primeiro capítulo da presente tese abordou exatamente a sua problemática relativa ao seu conceito e à sua evolução. Todavia, face à necessidade de esclarecer algumas questões ainda não tratadas, em especial sobre a função social da propriedade no Brasil e sobre a possibilidade de se construir uma função socioambiental com um conteúdo autónomo em relação à primeira, optou-se pela repetição de algumas ideias já trazidas, agora com o intuito de não mais trazer um relato histórico das mudanças até então ocorridas e sim de reafirmar algumas premissas necessárias para que possa caminhar para os aspectos propositivos e conclusivos da problemática que ensejaram a investigação em tela. À guisa de uma conclusão, impõe-se reprisar e repisar os fundamentos teóricos necessários a tal empreitada, sendo certo que assim como uma árvore não pode

⁶⁸⁸ BRITO, Miguel Nogueira. *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: FFMA, 2010. p. 15.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 25.

permanecer viva sem suas raízes, uma proposta de tese também não consegue uma adequada sustentação sem que suas premissas metodológicas e epistemológicas estejam bem claras.

Quanto à propriedade civil, entendida como aquela definida pelos Códigos Civis e aplicável, sobretudo, entre os particulares, pode-se afirmar que este é um direito que “organiza socialmente o poder do indivíduo sobre os bens e nisso dá a medida da exclusão dos outros”⁶⁹⁰. A tensão entre o poder que o sujeito tem sobre uma coisa⁶⁹¹ e a concomitância do poder de excluir os outros do exercício das faculdades inerentes à propriedade dá a tônica das grandes discussões atinentes ao seu conceito e às suas limitações.

Tomando-se como referência a construção de Honoré⁶⁹² sobre o conceito de propriedade e levando-se em consideração a grande quantidade de estudiosos que trataram do tema anteriormente citado, pode-se afirmar que existe um consenso acerca de um denominador comum sobre o que se deve entender por propriedade no Direito Civil, não sendo demasiado frisar que a concepção tradicional de propriedade vem sendo, constantemente, atacada por novas doutrinas que pregam a sua desagregação, seja por conta do abandono da sua concepção como direito subjetivo, pela alegada da fragmentação do conceito ou pela ampliação dos bens objetos deste direito.

Contudo, para os fins do presente, ainda que haja inúmeras propostas de relativização do conceito de propriedade, entende-se haver um consenso acerca dos elementos mínimos que devem existir para que se possa cogitar de propriedade, considerado como o direito real mais forte que pode existir ou a relação mais forte que se estabelece entre o sujeito e um objeto⁶⁹³. A título exemplificativo, mencione-se que a consulta a dicionários jurídicos brasileiros⁶⁹⁴ e internacionais⁶⁹⁵ acabam por confirmar e produzir a conclusão de que há um núcleo mínimo

⁶⁹⁰ ALAND, Denis; RIALS Stéphanie (Orgs.). *Dicionário da cultura jurídica*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 1444.

⁶⁹¹ A diferença entre bem e coisa foi abordada no capítulo III da presente tese. A título exemplificativo, cite-se a definição de Ruggiero: “São várias as noções de coisa, conforme o sentido diverso que se tome. Em sentido filosófico é qualquer entidade, real ou irreal, pertencente à natureza racional ou irracional. Em sentido técnico-jurídico é tudo quanto possa ser objeto de direitos e, assim, qualquer parte do mundo externo capaz de se sujeitar ao nosso poder e susceptível de produzir uma utilidade econômica. Coisa não é, pois, tudo o que se subtrai à possibilidade física de uma apropriação, como por exemplo os astros, nem a natureza em si e na sua totalidade constitui coisa em sentido jurídico, mas apenas aquelas partes da natureza que podem ser dominadas pelo homem e destinadas a satisfazer suas necessidades”. (Cf. RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*. Direitos de família. Direitos reais e posse. Tradução da 6a.edição italiana, com notas remissivas aos Códigos Civis Brasileiro e Português pelo Dr. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 323-324. v. II.

⁶⁹² HONORÉ, J. M. The nature of Property and the Value of Justice. Ownership. In: *Making Law Bind: essays on legal and philosophical*. New York: N.Y. Clarendon Press of Oxford University, 1987. p. 370-375.

⁶⁹³ Cf. Orlando Gomes: “O direito de propriedade é o mais amplo dos direitos reais, - “*plena in re potesta*”. (GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 92).

⁶⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 822. v 3.

⁶⁹⁵ ALAND, Denis; RIALS Stéphanie (Orgs.). *Dicionário da cultura jurídica*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 1129.

ou consenso mínimo sobre o qual se pode falar em conceito de propriedade e sua definição, senão vejamos.

O Dicionário Jurídico, organizado por Maria Helena Diniz, no verbete intitulado “propriedade”, traz variadas definições propostas por doutrinadores brasileiros de escol, dentre as quais vale a pena mencionar: i) a de Tito Fulgêncio, que aponta o direito de propriedade como o “direito que tem uma pessoa de tirar da coisa toda a sua utilidade jurídica”; ii) a de Limongi França “o direito, excludente de outrem, que dentro dos limites do interesse público e social submete juridicamente a coisa corpórea, em todas as suas relações ao poder da vontade do sujeito”; iii) e a de Cunha Gonçalves, como “o direito real exercido de modo absoluto, exclusivo e, em geral, perpétuo”⁶⁹⁶.

Clóvis Beviláqua⁶⁹⁷ explica a propriedade a partir da apropriação: esta é o impulso individual que decorre do instinto de conservação humano e, como tal, tende a satisfazer as necessidades do momento, ainda que de modo não organizado. A propriedade é “o poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da vida psíquica e moral”⁶⁹⁸, que surge quando intervém a inteligência humana que organiza e dá estabilidade ao ato de apropriação, originariamente precário. Os poderes do proprietário encontram o seu fundamento remoto no ato de apropriação, do qual se origina o fenômeno econômico-jurídico da propriedade, tendo como objetivo assegurar a existência individual e defender a vida.

Caio Mário da Silva Pereira⁶⁹⁹ critica a definição de Clóvis Beviláqua, por considerá-la uma fórmula eloquente, mas pouco esclarecedora do fenômeno proprietário, seja em seu aspecto jurídico ou econômico, assim opta por conceituar a propriedade à luz do critério analítico e de modo mais sucinto, como “o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha”. Faz ainda menção ao conceito romano, também analítico: *dominium est ius utendi et abutendi, quatenus iuris ratio patitur*, que aponta como a melhor noção existente de propriedade, ainda que goze de imperfeições.

Orlando Gomes⁷⁰⁰ salienta que a conceituação do direito de propriedade pode ser feita à luz de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Apesar de nenhum deles isoladamente satisfazer os requisitos de precisão conceitual, sua exposição conjunta traz uma possibilidade mais clara de compreensão do instituto. Assim, em modo sintético, opta por

⁶⁹⁶ DINIZ, loc. cit.

⁶⁹⁷ BEVILÁQUA, Clovis, *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. p. 96. v I.

⁶⁹⁸ Ibidem, p. 106.

⁶⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direitos Reais. 19. ed. revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Revista e atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. São Paulo: Forense, 2005. p. 91. v. IV.

⁷⁰⁰ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 92.

defini-lo, juntamente com Windscheid, como “a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa”. Em termos analíticos, é o direito de usar, fruir e dispor de um bem e de reavê-lo de quem quer que justamente o possua. Por fim, descritivamente, entende-se como “o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de outra pessoa, com as limitações da lei”.

Segundo Roberto de Ruggiero⁷⁰¹, dentre “as relações jurídicas sobre as coisas, ou direitos reais, a mais ampla e mais perfeita é que constitui o direito de propriedade ou domínio”. Aduz que existem duas concepções diversas da propriedade: uma que põe em relevo o poder conferido ao titular sobre a coisa; e uma outra que coloca em evidência a relação de pertencimento da coisa à pessoa. Nas fontes romanas, a questão se faz notar nos termos *dominium* e *proprietas* porque, apesar da inexistência de uma definição textual, cada uma das expressões ressalta um aspecto da propriedade: a primeira exprime o conceito de poder ou senhorio, a segunda ressalta o pertencimento⁷⁰².

Por fim, aponta que são dois os elementos fundamentais para definir a propriedade: o poder positivo e universal de domínio, que permite ao titular exercer todas as faculdades sobre a coisa, desde que não seja limitado pela lei ou por direitos de terceiros; e o poder de exclusão ou negativo, decorrente do caráter universal do domínio, permitindo que o proprietário possa excluir os demais do exercício destas mesmas faculdades.

Muito semelhante é a definição de San Tiago Dantas⁷⁰³, “a propriedade é o direito em que a vontade do titular é decisiva em relação à coisa, sobre todos os seus aspectos”. Tais aspectos podem ser visualizados sob duas perspectivas: a externa e a interna. A interna refere-se ao senhorio, isto é, à dominação que o proprietário tem sobre a coisa e que lhe permite usar, fruir e dispor da mesma como desejar. A externa trata da relação do proprietário com os não proprietários e caracteriza-se pelo direito que o primeiro tem de excluir todas as outras pessoas da sua coisa.

Não se pode também descuidar a importância do conceito trazido por Scialoja⁷⁰⁴, que tem o mérito de conjugar os elementos de poder e de sujeição juntamente com a noção de pertença, além de explicitar as limitações do referido direito, definido como uma relação de direito privado, “pela qual uma coisa como pertença de uma pessoa é completamente sujeita à

⁷⁰¹DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil: Direitos de família. Direitos reais e posse*. Tradução da 6a. edição italiana, com notas remissivas aos Códigos Civis Brasileiro e Português pelo Dr. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 308-309. v. II.

⁷⁰² *Ibidem*, p. 369.

⁷⁰³ DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil III*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1984. p. 93.

⁷⁰⁴ SCIALOJA, Vittorio. *Diritti reali*. p. 31 et seq. Apud DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil: Direitos de família. Direitos reais e posse*. Tradução da 6a. edição italiana, com notas remissivas aos Códigos Civis Brasileiro e Português pelo Dr. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 372.

sua vontade em tudo o que não seja vedado pelo direito público ou pela concorrência do direito alheio”. Por seu turno, o *Vocabolario Online Treccani* traz a seguinte definição: “a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas de modo pleno e exclusivo, dentro dos limites e com a observância das obrigações estabelecidas pelo ordenamento jurídico”⁷⁰⁵.

José de Oliveira Ascensão⁷⁰⁶ afirma que a propriedade “é comumente qualificada como o direito real máximo; efetivamente, é o modelo de todos os outros direitos reais”. E aponta que a palavra é usada em cinco acepções pelo legislador: a) todos os direitos adquiridos; b) todos os direitos patrimoniais; c) todos os direitos reais; d) um direito real específico; e) o objeto desse direito real.

Apesar das divergências, é possível construir um sentido uniforme de propriedade civilista, donde se pode aferir algumas características constantes dos Códigos Civis em geral⁷⁰⁷: i) ideia de plenitude, que passa pelas vantagens que devem ser atribuídas ao proprietário, que tem as faculdades de uso, fruição, gozo e disposição; ii) a noção de exclusividade, no sentido que apenas o proprietário deve aproveitar o bem, podendo excluir todas as demais do seu aproveitamento; iii) a noção de que a propriedade tem um caráter permanente e é dotada de estabilidade e durabilidade.

As características da propriedade no Direito Civil passam pelas faculdades atribuídas ao proprietário. O exercício mais amplo possível das faculdades inerentes ao domínio e à exclusão dos demais do âmbito de incidência dão a tônica deste direito, o que é feito através da exclusividade subjetiva. Esta que outorga ao proprietário um amplo rol de vantagens a serem aproveitadas de modo pleno e exclusivo. Além disso, o caráter de permanência e de estabilidade do conceito de propriedade como direito real repercutem na definição das faculdades que lhes são inerentes.

A propriedade envolve o poder de usar, fruir e dispor da coisa de modo pleno e exclusivo, além de reivindicá-la de quem injustamente a possui. Tal é a dicção do artigo 1228, do Código Civil brasileiro, ainda que, logo após, sejam feitos temperamentos a esta enunciação⁷⁰⁸: “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de

⁷⁰⁵Vocabolario Online Treccani. Disponível em: <<http://www.treccani.it/vocabolario/proprietaria/>>. Acesso em: 11 jul. 2016.

⁷⁰⁶ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*. Reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 443.

⁷⁰⁷A *propriedade e o direito internacional público* - Acta da aula de Prática Jurídica A Interdisciplinar I, dada pelo Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia. Disponível em: <www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/cfa_ma_2579.doc>. Acesso em: 11 jul. 2016.

⁷⁰⁸§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 11 jul. 2016.

reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”⁷⁰⁹. Pode-se afirmar que as citadas faculdades compõem o conteúdo ou o núcleo duro do direito de propriedade, que engloba o poder de uso e disposição da coisa do modo mais pleno e exclusivo possível.

Dito isso, restam ainda algumas observações sobre as faculdades inerentes ao direito de propriedade. O poder de usar a coisa deve ser garantido nas suas diversas manifestações, o que inclui não apenas o exercício do direito em si, mas também a possibilidade fática de fazê-lo. Por seu turno, o poder de disposição deve ser exercido através dos mecanismos jurídicos cabíveis, tais como, a alienação através do contrato de compra e venda ou a cessão de alguma das faculdades a terceiros.

Com isso, pretende-se demonstrar que a afirmação de que o direito de propriedade é absoluto e não pode sofrer restrições é equívoca, pois as citadas faculdades, como parte do conteúdo deste direito, podem ser limitadas por lei, seja no interesse privado ou no interesse público, desde que não sejam completamente aniquilados. O absolutismo do direito de propriedade deve ser entendido não como ausência de qualquer limite ao seu exercício, mas como uma decorrência lógica das suas principais características: a plenitude e a exclusividade.

A afirmação de que a propriedade é um direito absoluto só é cabível caso se entenda que o adjetivo quer expressar o máximo grau (ou extensão) que deve ser atribuído a um direito em termos de eficácia⁷¹⁰ - tratando-se do direito subjetivo que possui a máxima extensão dentre todas as categorias de direitos subjetivos - e não da ausência de limitações concretas. É o que pontua Ruggiero, ao assinalar que apenas abstratamente o domínio se pode conceber ilimitado⁷¹¹. Todavia a articulação entre o direito de propriedade e a possibilidade de que este venha a sofrer restrições por lei é tema espinhoso, que será examinado mais à frente do presente estudo e que também se correlaciona com a noção de propriedade constitucional.

A propriedade constitucional é diversa da propriedade civil e com ela não se confunde. Por isso é importante diferenciar o conceito de propriedade constitucional do conceito de propriedade civil, brevemente apresentado nas páginas antecedentes, em especial por não haver uma correspondência entre ambos, uma vez que a noção trazida pela Constituição é muito mais abrangente⁷¹². Outrossim, faz-se necessário estudar o sentido da propriedade entre

⁷⁰⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 11 jul. 2016.

⁷¹⁰ Cf. BRITO, Miguel Nogueira. *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: FFMA, 2010. p. 27-28.

⁷¹¹ Cf. DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil: Direitos de família. Direitos reais e posse*. Tradução da 6a. edição italiana, com notas remissivas aos Códigos Civis Brasileiro e Português pelo Dr. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 374.

⁷¹² OLIVEIRA, Álvaro Borges. Uma definição de propriedade. *Revista Pensar*, v.13, n.1, p. 48, jan./jun. 2008.

os privados e a propriedade na relação entre os cidadãos e o Estado, a fim de diferenciar seu âmbito de incidência e de atuação.

Apesar de o conceito constitucional de propriedade não corresponder àquele do Direito Civil, com ele guarda algumas semelhanças no sentido de outorgar um determinado grau de proteção ao proprietário. A propriedade civil atribui ao proprietário um feixe de faculdades oponíveis *erga omnes*, para que o seu exercício satisfaça a razão mesma do seu reconhecimento, que é oferecer ao proprietário o maior nível de aproveitamento possível da coisa, dentro dos padrões e regulamentos estabelecidos.

A garantia constitucional da propriedade traz para o particular a segurança de que a sua esfera privada não sofrerá restrições imotivadas, representando, assim, uma proteção em relação a terceiros e ao Estado contra o esbulho, a expropriação e a regulação excessiva, mediante a asseveração de um espaço de legalidade dentro do qual pode manifestar livremente a sua autonomia e liberdade. A fim de determinar a extensão e o sentido da garantia do Direito brasileiro, convém mencionar os dispositivos constitucionais nos quais o termo “propriedade” se faz presente.

A primeira referência localiza-se no *caput* do artigo 5º, inserido no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”⁷¹³.

Após anunciar a inviolabilidade do direito de propriedade em termos amplos, colocando-o no mesmo patamar das liberdades e garantias fundamentais como a vida, a liberdade, a igualdade e a segurança, faz nova menção a este, explicitando a garantia no inciso XXII do mesmo artigo 5º, que assim dispõe: “é garantido o direito de propriedade”. O dispositivo trata não apenas da propriedade do Direito Civil, mas de todo o Direito Privado patrimonial⁷¹⁴, tratando-se de uma garantia geral ao particular de que as suas posições jurídicas de conteúdo patrimonial serão respeitadas pelo Estado.

Não por acaso a propriedade vem referida no *caput* do artigo 5º e enumerada em um dos incisos do mesmo. A repetição tem por objetivo ressaltar a extensão da garantia, outorgando-lhe a maior amplitude possível e colocá-la ao lado ou conjuntamente com as

⁷¹³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 jul. 2016.

⁷¹⁴ Cf. BRITO, Miguel Nogueira. *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: FFMA, 2010. p. 29. Posiciona-se também neste sentido J. W. Harris (*Property and Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 245).

liberdades naturais da pessoa, como a vida e a segurança. A Carta Magna prevê a garantia de inviolabilidade da propriedade em sentido amplo, entendida como a garantia de posições jurídicas patrimoniais para, na sequência, assegurar o direito de propriedade em sentido estrito (ou a propriedade civil) e apresentar as condições para o estabelecimento de limitações ao conteúdo deste direito.

Assim, o *caput* do artigo 5º indicaria um direito à propriedade em sentido amplo e o citado inciso XXII traria a garantia do direito de propriedade, num percurso lógico apontado pelo constituinte com o intuito de promover uma proteção ampla ao particular ante o Estado. Neste diapasão, inicialmente prevê a garantia de inviolabilidade do direito de propriedade, assegura o direito de propriedade em si mesmo e depois apresenta algumas limitações ao conteúdo deste direito.

Apesar de a Constituição não conter uma definição ou uma descrição precisa do conteúdo do direito de propriedade, os parâmetros de proteção encontram-se constitucionalmente definidos pelos incisos subsequentes, de XXIII a XXVII, cuja análise afigura-se imprescindível para dimensionar o alcance e a extensão da garantia da propriedade, que engloba a existência e o conteúdo do citado direito.

O primeiro limite ou possibilidade de restrição encontra-se no inciso XXIII, que enuncia que “a propriedade atenderá a sua função social”. Aqui o Constituinte aponta o princípio social como uma baliza ao princípio da apropriação, até aqui consagrado e previsto também no artigo 170, referente à ordem econômica, que goza de igual limitação pelo princípio social, já estabelecido no texto constitucional. O papel que a propriedade representa dentro do tecido social, enquanto mecanismo de distribuição de bens e de riquezas, deve ser levado em consideração em se tratando do estabelecimento de restrições e intervenções por parte do Estado.

O inciso XXIV determina que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”. Cabe, assim, à lei apenas a definição do modo pelo qual se dará a desapropriação, nas hipóteses previamente determinadas pela Constituição. Saliente-se que o legislador ordinário não traz a medida dessa aplicação, apenas concretiza o ditame constitucional.

Como a garantia constitucional da propriedade engloba a própria existência e a titularidade do direito de propriedade, este não pode ser suprimido sem justa e prévia indenização. As exceções a esta regra são também constitucionalmente estabelecidas e apenas assim podem sê-lo, porque as hipóteses previstas são de especial gravidade e ensejam uma

intervenção drástica do Estado na liberdade individual e na propriedade que somente podem ser admitidas de modo excepcional e com a devida fundamentação. Até mesmo nos casos em que o Constituinte não reconhece o direito à indenização em dinheiro permanecem as garantias de valor e do devido processo legal, que impõem que seja dada ao proprietário a oportunidade de perfazer o contraditório e a ampla defesa em um procedimento específico, no qual as garantias individuais são respeitadas⁷¹⁵.

Os fundamentos destas exceções serão posteriormente analisados, bem como a sua possível correlação com a função social da propriedade privada prevista no inciso XXII do artigo 5º, e no artigo 170 da Constituição Federal e também no Código Civil⁷¹⁶. Prosseguindo no exame dos limites constitucionais da propriedade, examinar-se-á o inciso XXV, que assim dispõe: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”. O dispositivo reconhece a soberania do Estado no exercício do seu poder de polícia e atribui ao mesmo a possibilidade de, diante de situações urgentes, geradoras de iminente perigo público, exercer este poder e subtrair a faculdade de uso da propriedade privada pelo particular. Este se vê privado de uma das faculdades inerentes ao domínio, e tal possibilidade apenas pode e deve ser admitida com o intuito de evitar um mal maior e garantir o respeito aos interesses da coletividade.

Vê-se que a privação do uso por parte do proprietário é excepcional e apenas pode ocorrer diante de situações que o justifiquem – e isto de modo temporário– de acordo com os parâmetros constitucionalmente postos. Como regra geral, vale oponibilidade ao Estado da garantia constitucional da propriedade, que é dotada de especial força, tratando-se de um direito de defesa do indivíduo, diante das autoridades e poderes constituídos. Contudo situações há em que o poder de império do Estado se impõe diante da liberdade individual dos cidadãos, permitindo sua atuação coercitivamente para solucionar questões urgentes e socialmente relevantes.

Por significar uma ampla interferência na esfera individual, apenas tolerada diante de situação de excepcionalidade, deve-se demonstrar a ocorrência dos pressupostos

⁷¹⁵ Em caso de desapropriação de propriedade rural por interesse social para fins de reforma agrária, previsto no artigo 184, o Constituinte admite a possibilidade de pagamento de indenização mediante títulos da dívida pública, hipótese que será examinada mais detidamente em momento oportuno, quando da análise da função social das propriedades urbana e rural.

⁷¹⁶ Art 1228, CC §1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 jul. 2016.

constitucionais e necessidade da intervenção diante dos fatos surgidos, devendo-se dar preferência a outros meios que sejam menos gravosos ao particular. Face à excepcionalidade da intervenção e à temporariedade da medida, o direito à indenização é apenas reconhecido caso a requisição venha causar danos ao proprietário.

Verifica-se aqui que o uso é constitucionalmente protegido. Tanto isto é verdade que o próprio Estado deve indenizar o particular quando ele é privado do uso de um bem que a ele pertence. Porém, em caso de privação temporária, fundamentada no interesse público e no perigo iminente, a faculdade de usar livremente a coisa pode ser momentaneamente afastada, sem a necessidade de indenização em decorrência de uma autorização expressa do Constituinte para um tratamento que se caracteriza pela excepcionalidade.

O inciso XXVI⁷¹⁷ do artigo 5º traz a impenhorabilidade da pequena propriedade rural no que concerne ao pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, delegando à lei a tarefa de dispor sobre os mecanismos de promoção do seu desenvolvimento, bem como o próprio conceito de propriedade rural. Frise-se que a proteção à propriedade rural tem assento constitucional, porém a sua definição deve ser dada por lei. Apesar de a Constituição não ter apresentado o conceito de propriedade rural, isto não significa que a citada garantia tenha base exclusivamente legal; ao contrário, o legislador ordinário deve guiar-se pelas balizas gerais fixadas pelo Constituinte para a sua intervenção.

Outra não é a dicção do inciso XXVII, que reconhece os direitos de autor, determinando que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. Trata-se do reconhecimento da proteção intelectual ou a atribuição de direitos sobre os mesmos, tratando-se de situação jurídica patrimonial que pode ser albergada sob o pálio da garantia constitucional da propriedade. Vê-se que o Constituinte reconhece ao autor o direito de uso e disposição de suas obras, admitindo ainda a transmissibilidade aos herdeiros. Apesar de não se tratar de propriedade em sentido estrito (ou a propriedade civil), trata-se de instituto que pode ser albergado na garantia constitucional, que possui proteção semelhante. Daí, pode-se inferir uma proteção constitucional aos atributos da propriedade, ainda quando eles se façam presentes em situações patrimoniais que, a rigor, não correspondam ao conceito técnico civilista.

⁷¹⁷“A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

Além disso, a Constituição Federal, ao garantir o direito à herança⁷¹⁸, promove também o reconhecimento da transmissibilidade do direito de propriedade e, de modo amplo, a faculdade de dispor de seus bens por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, alçadas a garantias do indivíduo frente ao Estado. Pode-se observar que as faculdades inerentes ao domínio, dentre eles, o uso, a fruição e a disposição, conforme a concepção prevista no artigo 1228 do Código Civil: “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Tais faculdades podem ser restringidas de modo excepcional, levando em consideração que o direito de propriedade é o direito mais amplo possível dentro da sistemática dos direitos patrimoniais e o seu conteúdo não pode ser esvaziado. Essa ideia deve balizar as intervenções, sendo certo que o legislador, ao disciplinar o direito de propriedade, não pode ignorar a sua caracterização mínima feita pelos princípios gerais do Direito Privado e pelos atributos reconhecidos ao referido direito dentro da sistemática do Direito Civil.

A propriedade no Direito Civil diz respeito a uma relação que se estabelece entre uma pessoa e uma coisa; a propriedade constitucional, por ser mais abrangente, pode incluir os direitos de créditos e outras expectativas dotadas de conteúdo patrimonial. No texto brasileiro, o direito de propriedade é previsto como um direito fundamental, tal previsão agrega consigo importantes consequências que repercutem na interpretação do sistema de Direito Privado, trazido pelo legislador ordinário.

Por conseguinte não é demasiado definir a extensão e o conteúdo desta garantia, em especial quando a mesma se coloca não só diante do Estado, mas também entre os particulares. A partir de sua roupagem como direito fundamental, surgem importantes consequências para o Direito Privado; que, como é sabido, é o segmento do Direito no qual a autonomia dos particulares prima pela sua excelência. Tudo o que não for expressamente proibido por lei, aos particulares é permitido, diversamente do Direito Público, regido pelo princípio da legalidade, que traz maior segurança jurídica e, ao mesmo tempo, maior rigidez no controle das condutas do sujeito, tendo em vista a natureza do interesse em tela.

A propriedade constitucional quer significar um direito fundamental de primeira geração que protege a esfera individual de intervenções desmedidas do ente estatal na liberdade dos seus súditos. Se com o contrato social ou pacto social os indivíduos abrem mão

⁷¹⁸Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXX - é garantido o direito de herança. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

de parcela de sua liberdade para outorgá-la a um ente “superior” que garanta a coesão social, isto não significa que tal liberdade resta aniquilada ou desconsiderada; ao contrário, o responsável pelos interesses comuns, considerados como a soma dos interesses individuais, deve garantir que os direitos de liberdade sejam exercidos na maior medida do possível, desde que a organização social seja mantida e os demais não sejam prejudicados sem um motivo razoável e justo.

Deve-se notar que a Constituição Federal inicialmente prevê a garantia de inviolabilidade do direito de propriedade e, posteriormente, assegura o direito de propriedade em si mesmo para, mais adiante, apresentar algumas limitações ao conteúdo deste direito, devidamente enumeradas, o que leva à conclusão de que este não é um direito de conformação legal, mas de conformação constitucional. Por isso as restrições devem observar os padrões constitucionais e ser estabelecidas por lei dentro destes limites previamente colocados. Tudo o que exceder esses limites e afrontar o conteúdo mínimo da propriedade, composto pela garantia de titularidade e do exercício das faculdades, não deve ser considerado legítimo e passível de uma indenização compensatória.

A lei pode especificar algumas das restrições trazidas, mas não pode estabelecer o conteúdo do direito, que é dado *prima facie* pela sua conformação constitucional. A questão está intimamente ligada ao problema do fundamento da propriedade, à indagação sobre as suas origens e a sua definição como um produto da ordem jurídica ou expressão de uma liberdade natural das pessoas. Em resposta ao questionamento, entende-se que a mesma exprime uma liberdade natural das pessoas e a ordem jurídica deve restringir o mínimo possível tal direito, e apenas deve fazê-lo se a restrição revela-se útil a um interesse que afete toda a coletividade.

A propriedade, na sua expressão jurídica, representa o reconhecimento de uma liberdade anterior ao Estado, necessária ao pleno desenvolvimento das potencialidades da pessoa humana e da boa convivência. Como consequência, para que se possa cogitar realmente em uma verdadeira democracia constitucional, mesmo o Constituinte deve respeitar o seu conteúdo mínimo, na qualidade de um direito fundamental que jamais pode ser aniquilado. Por se tratar de um direito fundamental, possui aplicabilidade direta e dispensa a necessidade de interposição legislativa para que seja oponível aos poderes públicos.

Sua corporificação jurídica se perfaz como um direito geral ou uma garantia geral de apropriação como expressão da liberdade individual reconhecida pela ordem jurídica, o que se confirma pela leitura do artigo 170 – inserido no Título VII – “Da ordem econômica e

financeira”– que traz a propriedade privada como um princípio da ordem econômica e estabelece a livre iniciativa como um de seus fundamentos, senão vejamos:

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

(...)

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade.

Assim é que, no bojo da garantia constitucional da propriedade privada, estão incluídos a titularidade, o seu conteúdo e o seu âmbito de incidência, sendo certo que a garantia do direito à titularidade privada dos bens engloba o direito do proprietário de não ser privado da titularidade das coisas, que a ele pertencem por esbulho, expropriação ou por qualquer outra forma⁷¹⁹. A citada garantia está em estrita conexão com os demais incisos, que determinam as possibilidades de restrição ou supressão desta mesma titularidade, como medida excepcional em prol do interesse público ou coletivo.

As restrições constitucionalmente admissíveis ajudam a elucidar o conceito de propriedade constitucional e esclarecem na medida em que as limitações podem ser estabelecidas pelo legislador infraconstitucional. Defende-se aqui um caráter essencialmente restritivo do Estado nas intervenções no direito de propriedade privada, pela existência de um núcleo mínimo de proteção assegurado pela Constituição, que, eventualmente, pode necessitar de um aperfeiçoamento legislativo, como no caso da propriedade rural, mas que não possui um caráter definidor deste direito.

Neste ponto, com a devida vênia, não é possível concordar com os autores que sustentam que o direito de propriedade possui uma conformação essencialmente legal⁷²⁰. Pretende-se demonstrar a viabilidade do estabelecimento de um conteúdo mínimo constitucional trazido pela Carta Magna, de modo que as restrições ao direito de propriedade, que forem previstas por lei, não podem descurar da garantia geral constitucionalmente assegurada e descaracterizar os elementos mínimos do instituto.

⁷¹⁹ Ana Prata, ao examinar a Constituição portuguesa posiciona-se contrariamente a tal interpretação, que aponta ser adotada por Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, nestes termos: “Exclui-se, conseqüentemente, que o art. 62º salvguarde o direito às coisas, que ele tome qualquer posição quanto ao conteúdo do direito que garante: não parece correcto – como fazem Gomes Canotilho e Vital Moreira – identificar “propriedade” com coisa, e, conseqüentemente, entender que o art. 62º insere uma garantia de não ser privado por esbulho, expropriação ou por qualquer outra forma” (PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 191).

⁷²⁰ Por todos: GIANNINI, Massimo Severo. Basi Costituzionali della proprietà privata. In: *Politica e Diritto*, 1971. p. 443.

Cruz Villalón⁷²¹, com vistas a caracterizar os direitos fundamentais, estabelece dois aspectos essenciais: a) o aspecto formal, que determina que um direito fundamental é aquele previsto como um direito subjetivo numa Constituição normativa; b) na perspectiva material, deve ser incluído o elemento de que o reconhecimento destes direitos estão intimamente vinculados ao seu reconhecimento universal, desde o aparecimento das primeiras Constituições, o que faz com que a sua presença seja imprescindível em qualquer Constituição legítima.

Deste modo, um direito fundamental pode ser definido em alguma medida como um direito subjetivo constitucionalmente determinado, conformativo de um espaço de autonomia que permite o aproveitamento do bem dentro da esfera da liberdade pessoal, tendo como consequência a vinculação dos poderes públicos, que constitui a “verdadeira garantia destes direitos”⁷²². Outro não é o pensamento de Fernando Rey Martínez, para quem a Constituição garante a propriedade como expressão da liberdade individual e da dignidade da pessoa humana, sendo que a Constituição cria um espaço de liberdade dentro do qual o indivíduo é protegido das intervenções estatais, no qual responde com sua autonomia e responsabilidade, em conformidade com os seus interesses pessoais⁷²³.

Como características dos direitos fundamentais, pode-se citar: 1) trata-se de uma pretensão jurídica individual ou direito subjetivo que goza de aplicabilidade direta; 2) a existência de um conteúdo constitucional mínimo. As duas características somadas revelam a autoexecutividade, de modo que vinculam as entidades públicas sem necessidade de intermediação ou concretização pelo texto legislativo. Deste modo são requisitos para leis restritivas de direito fundamentais: 1) que tenham um caráter geral e abstrato; 2) que não possuam um efeito retroativo; 3) não podem diminuir a extensão e o conteúdo dos preceitos constitucionais definidos como tais⁷²⁴.

⁷²¹ CRUZ VILLALÓN, Pedro. Derechos fundamentales. In: *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, t. III (Tribunal Constitucional y Derechos Fundamentales). Madrid: Civitas, 2001. p. 110.

⁷²²QUETGLAS, Francisca López. El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión). In: *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXXIX (2006), 335-362, p. 339.

⁷²³ Manuel Aragón, em prólogo à obra de Rey Martínez, aponta que o mesmo procura se afastar de uma leitura conservadora da garantia constitucional da propriedade privada, que vê nesta garantia apenas uma garantia de liberdade. O autor insere também uma dimensão existencial, propondo uma garantia de acesso à propriedade, associado aos pressupostos do Estado social. (La propiedad privada en la Constitución española. Prólogo de Manuel Aragón. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 20, p. 239-244, enero-abril, 1995. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1252&IDA=35552>>. Acesso em: 21 jul. 2016).

⁷²⁴ MOREIRA, Maria Elisabeth Fernandez. *Direito ao meio ambiente e propriedade privada* (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das “leis-reserva” portadoras de vínculos ambientais). Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 169.

A garantia de inviolabilidade da propriedade e o reconhecimento do direito de propriedade privada permitem construir não só um direito de propriedade, mas também um direito à propriedade, através do livre exercício de sua liberdade e da autonomia negocial, assegurando que a intervenção estatal na conformação e no conteúdo deste direito deve ser a menor possível, a fim de permitir a livre iniciativa no contexto de uma economia negocial. As limitações devem ser interpretadas em sentido restritivo, uma vez que, tratando-se de um direito fundamental garantido pelo texto constitucional, cabe ao legislador ordinário garantir a sua máxima efetividade.

Por se tratar de instituto que goza do *status* de um direito fundamental, deve-se garantir-lhe o maior grau de eficácia possível e um conteúdo constitucional *prima facie*, isto é, um conteúdo minimamente assegurado, que pode ser observado a partir da sistematização da propriedade trazida pelo texto constitucional. Não sem motivo, o art. 5º deu amplo alcance à garantia constitucional da propriedade, devidamente compreendida como uma liberdade clássica, o que impõe uma interpretação ampla do texto para dar à garantia o maior grau ou nível de eficácia possível.

Vale a pena frisar que o já mencionado artigo 5º da Constituição Federal faz uma dupla menção à propriedade: uma enunciação genérica no *caput*, que pode ser interpretada como uma garantia geral das situações jurídicas patrimoniais em face do Estado; e outra determinação específica, no inciso XXIII, que assegura o *direito de propriedade*. Tendo em vista a noção de máxima efetividade do texto constitucional, deve-se procurar a interpretação mais consentânea com o respeito aos direitos e garantias fundamentais nele previsto, como é o caso da propriedade, que é protegida de modo amplo.

A ausência de um conceito expresso de propriedade na Constituição não impede que o mesmo tenha um conteúdo mínimo de caráter preceptivo, podendo ser definido a partir das regras gerais aplicáveis aos direitos fundamentais e aos institutos de Direito Privado, assegurados e reconhecidos pelo sistema jurídico nacional, dentro do qual existe a inviolabilidade da propriedade. Assim, para os fins da presente investigação - e seja perdoada a repetição - é importante frisar que o artigo 5º da Constituição Federal engloba todas as situações patrimoniais de modo amplo, e a propriedade civil é protegida e determinada pelo próprio texto constitucional, que assegura não só o direito de propriedade, mas a propriedade em sentido amplo (ou o direito à propriedade privada).

A própria Constituição traz limites às restrições ao direito de propriedade e estabelece balizas que devem ser seguidas pelo legislador, e por ele não devem ser ignoradas, sob pena de trazer um regime mais restritivo do que aquele constitucionalmente previsto. Apesar de o

inciso XXII do artigo 5º não conter uma definição ou uma descrição precisa do conteúdo do direito a ser assegurado, os parâmetros de proteção encontram-se constitucionalmente definidos, não só pelo *caput* do artigo 5º, mas também pelos incisos subsequentes, de XXIII a XXVII, cuja análise afigura-se imprescindível para dimensionar o alcance e a extensão da garantia da propriedade, que engloba a existência e o conteúdo do citado direito.

Não é excessivo esclarecer que os direitos fundamentais gozam do atributo de aplicabilidade direta, além de um regime reforçado de proteção, o que implica afirmar que apenas podem ser restringidos nos casos expressamente previstos na Constituição. A assertiva permite a defesa de um regime constitucional para a propriedade privada, que somente pode ser complementado ou esclarecido pela lei, mas não por ela definido.

A garantia constitucional da propriedade privada pode ser definida como um espaço de liberdade para o titular dos bens, “mediante o reconhecimento de direitos de decisão, de utilização e de domínio, possibilitando-lhe uma conformação da vida estribada na sua responsabilidade pessoal”⁷²⁵, que abrange uma vertente dinâmica e uma vertente estática, correspondentes, respectivamente. A vertente dinâmica corresponde ao domínio em si, ao “poder ter” e ao “poder usar”⁷²⁶.

A partir da dicção do próprio texto constitucional, pode-se definir um conteúdo mínimo para a garantia da propriedade ou o núcleo duro do direito fundamental, que não pode ser afastado, devendo ser interpretado de modo amplo, no sentido de assegurar a liberdade e a autonomia da pessoa e os diversos modos de manifestação desta garantia. O conteúdo essencial do direito de propriedade é a utilidade privada que o particular retira do objeto da propriedade, entendido como o direito mais amplo possível que pode ser outorgado a um indivíduo em relação a uma coisa, o que inclui a existência, a transmissibilidade e conteúdo mínimo deste direito⁷²⁷.

Como projeções da garantia, podem-se enumerar as seguintes: 1) garantia de existência: impossibilidade de supressão deste direito do ordenamento; 2) garantia de titularidade: impossibilidade de supressão do particular, salvo exceções constitucionalmente

⁷²⁵ CORREIA, Fernando Alves. O plano urbanístico e o princípio da igualdade. p. 306-307. Apud MOREIRA, Maria Elisabeth Fernandez. *Direito ao meio ambiente e propriedade privada* (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das “leis-reserva” portadoras de vínculos ambientais). Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.174.

⁷²⁶CORREIA, loc. cit.

⁷²⁷ “El esquema de la propiedad permanece indisolublemente unido al modelo del derecho subjetivo porque aunque encuentra su cualificación en el ámbito de complejas relaciones sociales subyacentes (activas y pasivas), ha de presuponer siempre, de modo preponderante, una situación activa o de ventaja, la utilidad privada del titular”. Cf. MARTINEZ, Fernando Rey. El devaluado derecho de propiedad privada. *Persona y Derecho*, 55, p. 983, 2006.

estabelecidas; 3) garantia de transmissibilidade; 4) garantia de conteúdo mínimo: utilidade privada decorrente da apropriação da qual decorre o aproveitamento da coisa em maior grau possível.

Dentro da garantia de titularidade (ou existência) insere-se também uma proteção contra a expropriação sem indenização. Quanto ao conteúdo, pode-se incluir uma proteção contra o esvaziamento e o direito à indenização no caso de supressão de faculdades proprietárias: é possível encontrar apoio para a definição de um conteúdo mínimo da propriedade no texto constitucional, que não seria limitado a salvaguardar a sua existência, mas também o seu conteúdo mínimo.

Em se tratando de um direito definido como fundamental, o regime jurídico desta classe de direitos se impõe necessariamente, e deve ser construído a partir de dois grandes “indicativos”, trazidos pelo legislador constituinte, decorrentes da própria localização da propriedade dentro da estrutura da Constituição, que, sabidamente, não é escrita casualmente, por trazer um projeto político que busca uma estruturação jurídica para um Estado. Trata-se da dupla face da propriedade privada que, na qualidade de um direito fundamental, possui duas dimensões: a subjetivo-individual e uma outra objetivo-institucional, questão a ser examinada no próximo item.

4.2 Dimensões da garantia constitucional da propriedade privada

A teoria da dupla face dos direitos fundamentais (*Doppelcharakter*) foi originalmente forjada pelo Tribunal Constitucional alemão em uma decisão de 15 de janeiro de 1958, conhecida como caso Lüth, sentença que ganhou grande repercussão internacional na teoria dos direitos fundamentais e se tornou um dos grandes clássicos da jurisdição constitucional do país. Nesta sentença, o Tribunal estabeleceu as bases para a consideração dos direitos fundamentais em seu duplo aspecto e para uma maior eficácia e projeção dos direitos fundamentais nas relações interprivadas⁷²⁸.

Trata-se de *leading case* relativo à liberdade de expressão. Erich Lüth interpôs recurso constitucional ao Tribunal para atacar a decisão do Tribunal estadual que o condenou a não

⁷²⁸ GUEDES, Néviton. *Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

mais exortar a comunidade ao boicote dos filmes de Veit Harlan que, em 1940, realizou um filme destinado a realizar propaganda antissemita. Tendo sido absolvido das acusações por inexigibilidade de conduta diversa, após a guerra, Harlan lança um novo filme. Lüth, presidente de clube de imprensa de Hamburgo, em palestra dirigida aos membros do mercado cinematográfico, defende o boicote a qualquer produção de autoria de Harlan, por considerar a sua absolvição meramente formal.

Assim, escreve uma carta aberta na qual defende a necessidade de boicote por parte de todo alemão consciencioso, uma vez que a sentença que absolveu Harlan trouxe também uma verdadeira condenação moral de sua postura e de seu suposto passado nazista, o que imporá a todos os produtores de filmes o dever moral de não financiar suas obras nem exibi-las em circuito nacional. Como resposta, os produtores responsáveis pelo filme solicitaram à Justiça ordinária que fosse imposta a Lüth uma obrigação de não fazer, isto é, de não continuar a exortar os cidadãos ao boicote das obras do citado cineasta.

O Tribunal estadual, tomando por base o artigo 826 do BGB, - a cláusula geral de responsabilidade civil do Código Civil alemão⁷²⁹-, entendeu que a defesa do boicote seria contrária à moral e aos bons costumes, razão pela qual ele foi condenado a não mais se manifestar favoravelmente ao boicote. Inconformado, Lüth interpôs recurso ao Tribunal Constitucional que, reconhecendo o dever de proteção que decorre dos direitos fundamentais, bem como a sua projeção ou irradiação para o Direito ordinário, determinou que a liberdade de expressão devesse prevalecer diante da situação concretamente considerada.

A citada decisão tornou-se um marco para a fixação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e marcou também a ponderação de bens como mecanismo de solução de conflitos entre os direitos fundamentais, além da fixação de um dever de proteção que decorre destes direitos. O Tribunal desenvolveu a teoria que defende a existência de uma ordem objetiva de valores incorporadas nos artigos 1 ao 19 da Lei Fundamental, que influenciaria todas as esferas e relações jurídicas, sejam públicas ou privadas.

Como consequência, os direitos fundamentais, além de expressarem posições jurídicas subjetivas, possuiriam também um viés objetivo, sendo as duas dimensões inseparáveis, tais como as faces de uma moeda⁷³⁰. De acordo com a citada sentença, todo direito fundamental

⁷²⁹ “Esaminiamo ora il § 826 BGB il cui testo così suona: “Chi cagiona ad altri intenzionalmente un danno violando l'ordine pubblico, è obbligato a risarcire all'altro il danno”. Cf. SICA, Annaflora. *Insegnamento di Diritto Privato Comparato*. Lezione XII. Tipicità ed atipicità del fatto illecito nei sistemi di Civil Law. Disponível em: <http://www.unipegaso.it/materiali/LMG-01/annoIII/PrivatoComparato_Sica/ModXII/Lezione_XII.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.

⁷³⁰ MARTINEZ, Fernando Rey. Sobre la (paradojica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada. *Derecho Privado y Constitución*. Número 3, p. 176, mayo-agosto 1994.

possui duas dimensões essenciais: a subjetiva e objetivo-institucional. A primeira delas refere-se ao reconhecimento dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, especialmente oponíveis ao Estado, mas que também apresentam consequências nas relações jurídicas entre os particulares. A dimensão objetiva estaria relacionada à função que cada categoria deve cumprir dentro do ordenamento.

Aplicada à propriedade, tem-se sua qualificação como direito subjetivo e como garantia institucional. A primeira dimensão trata da propriedade reconhecida como expressão da autonomia privada e da liberdade individual. A segunda versa sobre a função que a propriedade desempenha no contexto dos direitos constitucionais (e, muitas vezes, é associada à função social prevista no texto constitucional). As duas dimensões são compatíveis entre si e não podem ser opor; ao contrário, cada uma delas confirma e reforça a outra em uma dinâmica de mútua implicação.

A aplicabilidade da dupla face dos direitos fundamentais da propriedade é interesse para o estudo da tensão existente entre a propriedade-liberdade e propriedade-função social. No Brasil, a discussão doutrinária e as decisões judiciais tratam prioritariamente dos limites colocados pela função social da propriedade, que majoritariamente é compreendida como um limite inerente à própria estrutura deste direito, dotado de um caráter conformador do mesmo⁷³¹, mas não focam no conteúdo constitucional da mesma. Dentro desta lógica, a função social modificaria o conteúdo do direito subjetivo do proprietário, tradicionalmente entendido como absoluto e ilimitado.

Apesar de certa uniformidade nesta abordagem, defende-se que uma investigação sobre o conteúdo constitucional do direito de propriedade pode levar a uma conclusão oposta, o que justifica o tratamento do assunto neste ponto da presente pesquisa. A discussão sobre a noção constitucional de propriedade merece ser explorada com vistas a delimitar o alcance e o significado da função social da propriedade⁷³².

Com tal intuito, examinar-se-ão algumas decisões dos Tribunais Constitucionais europeus e da Corte Europeia de Direitos Humanos, posto que, no Brasil, a noção de propriedade constitucional não está no centro dos debates, que têm sido desenvolvidos em torno da função social como limite posto à propriedade, entendida como uma cláusula que promove o total redimensionamento interno deste direito (e não o seu reforço, como decorre da leitura da natureza dúplice dos direitos fundamentais).

⁷³¹ A questão foi devidamente abordada no item 2.2.1 da presente tese.

⁷³² Nicola Grigoletto faz a mesma observação sobre a jurisprudência italiana. (GRIGOLETTO, Nicola. *Le "nuove proprietà" e i "novi beni" in una prospettiva costituzionale*. Tesi. Dottorato di Ricerca in Diritto Costituzionale. Università degli Studi di Ferrara, anni 2008/2011, p. 105).

No que tange à função social, existem dois posicionamentos: um deles define que a propriedade tem conformação legal, de modo que as restrições decorrentes da função social são definidas pelo legislador ordinário por delegação do Constituinte, sem qualquer balizamento constitucional⁷³³. A outra posição sustenta que a propriedade é um direito que não tem conformação legal e que as restrições promovidas pela função social encontram limites no conteúdo constitucional da propriedade, que não pode ser afastado pelo legislador ordinário.

Luigi Mengoni, com muita pertinência, salienta que a função precípua de um texto constitucional é a de garantir a liberdade do indivíduo diante do Estado; logo, as normas constitucionais que tratam da função social da propriedade devem ser entendidas como “limites aos limites da propriedade estabelecidos pela lei ordinária”⁷³⁴, vinculando o legislativo a não limitar de modo arbitrário o direito de propriedade, que permanece um direito absoluto no que tange ao seu conteúdo essencial, isto é, na sua configuração constitucional.

Atribuir à função social um valor conformativo implica em remeter à lei a configuração desta e do próprio direito de propriedade, o que parece contrariar a garantia constitucional da propriedade, entendida de modo amplo, como destinada a promover a maior eficácia possível a tal direito e, conseqüentemente, o maior nível possível de proteção ao particular. Defende-se, portanto, que o caráter de limite externo ao direito de propriedade promove o devido respeito à garantia constitucional da propriedade privada e que, portanto, as restrições estabelecidas pelo legislador não podem desconsiderar os limites mínimos postos pelo Constituinte.

A reflexão sobre o conteúdo constitucional do direito de propriedade ainda é incipiente no Brasil; contudo, na Europa, a problemática parece ter sido a solução encontrada para evitar o mero debate ideológico entre correntes individualistas e socializantes, juntamente com a previsão da propriedade como uma das liberdades garantidas pela Carta de Nice que, neste ponto, parece se coadunar perfeitamente com a dicção da Constituição brasileira, que insere a propriedade dentro dos direitos e liberdades fundamentais, e não apenas como um direito econômico.

Para os fins da presente tese, entende-se que a propriedade não é um direito de exclusiva configuração legal, que possui um conteúdo mínimo garantido pela Constituição,

⁷³³ GIANNINI, Massimo Severo. *Basi costituzionali della proprietà privata*, estratto da *Politica del diritto*, anno II, Bologna, n. 4-5, p. 443 et seq., 1971.

⁷³⁴ MENGONI, Luigi. *Proprietà e libertà*. *Rivista Critica di Diritto Privato*, p. 427 et seq., 1988.

conteúdo que não se restringe apenas a uma garantia contra a expropriação. Vale aqui fazer a diferença entre o conceito e a concepção de propriedade proposta por Honoré⁷³⁵, no sentido de que o citado conceito tem um conteúdo mínimo que não pode ser afastado e que deve garantir ao privado a maior utilidade possível sobre a coisa. Tudo o que exceder engloba uma concepção de propriedade, isto é, a conformação que cada ordenamento concretamente atribui à propriedade, mas que deve estar necessariamente vinculado a garantir esse conteúdo mínimo.

Todavia a utilidade privada garantida ao titular da propriedade deve ser sopesada com a utilidade social; contudo é certo que este sopesamento efetuado pelas restrições ao direito de propriedade deve respeitar os limites impostos pelo conteúdo constitucional mínimo da propriedade. A questão está ligada às dimensões subjetiva e objetiva do direito de propriedade, conforme anteriormente salientado. Frise-se que, no primeiro item do presente capítulo, foi dedicada especial atenção à dimensão subjetiva da propriedade, não apenas para esclarecer a definição trazida pelo Direito Civil, que enfoca a sua definição como um direito subjetivo individual⁷³⁶, mas também para salientar o seu caráter mais restritivo do que a propriedade constitucional, entendida de modo amplo, que inobstante se espria para o direito privado como uma garantia aos particulares contra a arbitrariedade do ente estatal.

A partir desta premissa, passar-se-á à questão referente à interpretação da função social dentro da sistemática trazida pela Constituição brasileira e, para tanto, recorrer-se-á igualmente a algumas bases doutrinárias alienígenas, porém plenamente aplicáveis à realidade nacional. A compreensão da propriedade como um direito fundamental pelo ordenamento jurídico nacional permite uma aproximação com as doutrinas referentes aos direitos fundamentais, por tratarem de problemas jurídicos gerais, como bem explica Karl Larenz: “as soluções de um ordenamento positivo são com frequência respostas a problemas gerais, que assumem posicionamento idêntico ou comparável na totalidade ou maioria dos ordenamentos jurídicos⁷³⁷”.

⁷³⁵ HONORÉ, A. M. The nature of Property and the Value of Justice. Ownership. In: *Making Law Bind: essays on legal and philosophical*. New York: N.Y. Clarendon Press of Oxford University Press, 1987. p. 370-375.

⁷³⁶ Há uma forte tendência na doutrina italiana e também em alguns autores brasileiros em considerar que a propriedade não deve ser mais entendida aprioristicamente como um direito subjetivo, mas como situação jurídica autônoma e complexa, a ser confrontada com outras situações jurídicas subjetivas não albergadas sob a propriedade, ou mesmo como relação jurídica. Por todos: PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 101-102. No Brasil, cita-se FACHIN, Luiz Edson. *Questões de direito civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2008; TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 158.

⁷³⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 1997. p. 267.

Por outro lado, cada ordenamento jurídico tem as suas particularidades e suas normas possuem razões, finalidades e conteúdos próprios, o que pode gerar efeitos diversos; por isso a importação de um instituto ou interpretação não deve ser automática; ao contrário, faz-se necessária uma reflexão que auxilie a elucidar o tema diante das particularidades do ordenamento jurídico concretamente observado⁷³⁸.

A propriedade é um instituto de Direito Privado, cuja disciplina está relacionada ao Direito Civil, porém deve-se considerar que o texto constitucional traz contornos garantísticos ao instituto, o que impõe a defesa de um conteúdo mínimo constitucionalmente garantido. A assertiva permite indagar se a propriedade possui um regime mínimo pré-estabelecido pela Constituição, que pode ser conformado por lei, porém, dentro dos parâmetros já estabelecidos, ou se tal direito é de conformação exclusivamente legal.

Neste particular, apesar da alegada constitucionalização do Direito Privado e da proposta de manter verdadeiros vasos comunicantes entre estes dois ramos do Direito, tradicionalmente, dicotômicos, é forçoso reconhecer que o primeiro deve continuar sendo reconhecido como o ramo do Direito especialmente constituído para assegurar o desenvolvimento e o exercício da personalidade do indivíduo, de sua autodeterminação e responsabilidade⁷³⁹. E a dimensão objetiva do direito de propriedade traz o reforço dessa característica do instituto.

Como dito, precipuamente por se tratar de um direito fundamental, a propriedade pode ser considerada como um direito de natureza complexa: a vertente subjetiva integra o próprio conteúdo deste direito e refere-se ao seu reconhecimento como direito subjetivo fundamental do indivíduo e como uma garantia do patrimônio privado contra o poder público; a vertente objetiva refere-se à garantia institucional que o mesmo representa e que, frequentemente, é associada à função social, compreendida como limite conformador do direito de propriedade, que teria sofrido um enfraquecimento enquanto direito subjetivo⁷⁴⁰.

Tal recrudescimento da propriedade vem sendo apontado não somente pela ideia de função, mas por muitas outras construções teóricas, dentre eles, as noções de direito subjetivo debilitado, a de propriedade como relação jurídica e sua consideração relacionada ao interesse legítimo. Tem-se oportuno, a título exemplificativo e antes de adentrar especificamente na problemática da função social, mencionar uma decisão do Tribunal Constitucional espanhol,

⁷³⁸ LARENZ, loc. cit.

⁷³⁹ Cf. MARTINEZ, Fernando Rey. Sobre la (paradojica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada. *Derecho Privado y Constitución*. n. 3, p. 171, mayo-agosto 1994.

⁷⁴⁰ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 101-102.

na qual a propriedade constitucional foi definida como “um direito subjetivo debilitado⁷⁴¹”, nos casos em que há a perda da propriedade em virtude de expropriação forçada. Contrariamente, defende-se na presente tese que, em caso de expropriação, a propriedade não cede, mas se sub-roga no seu equivalente pecuniário.

Nos casos, a supressão de tal direito por expropriação, a garantia constitucional, não desaparece; o que ocorre é que a garantia de permanência (ou estabilidade) se torna uma garantia de valor. A primeira exprime uma garantia de não supressão da situação concreta do proprietário individual, que apenas deve suportar a privação do seu direito nas hipóteses previamente definidas pela Constituição, que uma vez presentes dão lugar à garantia de valor, isto é, à garantia de indenização como contrapartida desta privação⁷⁴². A garantia de valor não é uma alternativa incondicional à garantia de estabilidade porque a expropriação apenas pode ocorrer em conformidade com as condições constitucionalmente estabelecidas, os pressupostos de utilidade pública e finalidade social que vinculam o legislador quanto à *causa expropriandi*. Se tais balizas constitucionais não são respeitadas, trata-se de expropriação ilegítima, ainda que seja conferida ao proprietário uma indenização baseada no equivalente pecuniário, subsiste a garantia de estabilidade.

Na decisão, o Tribunal toma por empréstimo uma figura teórica proveniente do direito italiano que não encontra equivalente direto em outros países. Trata-se do “*diritto affievolito*”, definido como “o direito subjetivo que cede o quando contrasta com um interesse público e que em alguns casos é indenizado e em outros não”⁷⁴³. A construção faz sentido dentro do Direito Administrativo italiano, que prevê essencialmente duas situações jurídicas subjetivas de vantagem que o particular pode gozar diante da Administração Pública:

⁷⁴¹ Tribunal Constitucional Espanhol, sentença 111/83. O Tribunal cunhou a citada expressão para os casos em que há a perda da propriedade em virtude de expropriação forçada. Ainda que se possa admitir o desaparecimento da propriedade e a sua substituição pelo equivalente pecuniário, a expressão parece enfraquecer a garantia constitucional da propriedade. (Cf. MARTINEZ, Fernando Rey. Sobre la (paradojica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada. *Derecho Privado y Constitución*. n. 3, p. 176, mayo-agosto 1994).

⁷⁴² Cf. BRITO, Manuel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 772. O autor menciona a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão e a doutrina deste mesmo país, aduzindo que a distinção tem origem num estudo de 1923, de Martin Wolfr (“*Reichsverfassung und Eigentum. Festschrift für W. KAHL, Tubingen*). A mesma observação é feita por Fernando Rey Martinez (Sobre la (paradojica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada MARTINEZ, Fernando Rey. Sobre la (paradojica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada. *Derecho Privado y Constitución*. n. 3, p. 183, mayo-agosto 1994).

⁷⁴³ No original: “Affievolito. agg. [sec. XIV; pp. di affievolire]. Reso o divenuto fievole, debole (anche fig.): “affievolito di mente” (Oggetti). § In diritto, è detto affievolito il diritto soggettivo che viene meno quando contrasta con un interesse pubblico (per esempio, esproprio di immobili per pubblica utilità); in alcuni casi il detentore del diritto è indennizzato, in altri no. Cf. Enciclopedia Sapere. Disponível em: <http://www.sapere.it/enciclopedia/affievolito.html>. Acesso em: 29 jul. 2016.

o direito subjetivo e o interesse legítimo⁷⁴⁴. Tais situações atraem competências diferenciadas: a proteção dos direitos subjetivos é conferida, em regra, aos juízes ordinários⁷⁴⁵; já a tutela dos interesses legítimos e de alguns direitos subjetivos, previstos na Constituição, é outorgada aos órgãos da Justiça Administrativa⁷⁴⁶.

O direito subjetivo é conceituado como uma posição jurídica subjetiva de vantagem que o ordenamento atribui a um sujeito, outorgando-lhe as utilidades sobre um bem e sua tutela de modo pleno e imediato⁷⁴⁷. O interesse legítimo é definido como uma posição subjetiva de vantagem em relação à Administração Pública, no exercício de um poder autorizativo, que atribui ao sujeito a garantia de que este poder será exercido em conformidade com a lei ou com o princípio da legalidade⁷⁴⁸. O *diritto affievolitto* surge como uma construção doutrinária que permite classificar determinadas zonas limítrofes num meio termo entre o direito subjetivo e o interesse legítimo⁷⁴⁹. Trata-se de uma situação jurídica cuja existência e conteúdo dependem do interesse público, analisado a partir da discricionariedade administrativa.

As referidas construções possuem maior sentido dentro da sistemática do Direito italiano por conta da particularidade do seu Direito Processual Administrativo que, como visto, reparte a competência conforme a força da situação jurídica concretamente apresentada. Alguns civilistas, inspirados por esta classificação, têm aplicado a ideia de interesse legítimo à propriedade e passado a entender que ela não mais deve ser considerada como direito

⁷⁴⁴ Cf. BUCCI, Elisabetta. *L'evoluzione delle forme di tutela dell'interesse legittimo: l'azione di reintegrazione in forma specifica*. Tesi di laurea. Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Firenze. Anno accademico 2012/2013. Disponível em:

<https://www.academia.edu/7429345/_Levoluzione_delle_forme_di_tutela_dellinteresse_legittimo...?auto=download>. Acesso em: 30 jul. 2016.

⁷⁴⁵ Cf. Art. 24. da Constituição italiana:

“Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi [113].

La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.

La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari. Disponível em:

<<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

⁷⁴⁶ Cf. o Artigo 103 da Constituição italiana:

“Il Consiglio di Stato [cfr. art. 100 c.1] e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi [cfr. artt. 24 c.1, 111 c.3, 113, 125 c.2]”. Disponível em:

<<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

⁷⁴⁷ Cf. Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo: diritto soggettivo e interesse legittimo. A cura di Maria Luisa Foti. Disponível em: <<http://www.studiocataldi.it/guida-diritto-amministrativo/situazioni-giuridiche-soggettive-di-diritto-amministrativo.asp>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

⁷⁴⁸ Cf. Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo: diritto soggettivo e interesse legittimo. A cura di Maria Luisa Foti. Disponível em: <<http://www.studiocataldi.it/guida-diritto-amministrativo/situazioni-giuridiche-soggettive-di-diritto-amministrativo.asp>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

⁷⁴⁹ A discussão é atribuída a Oreste Ranelletti. (*Le Garantigie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1934).

subjetivo, mas como uma relação jurídica, na qual o direito do proprietário deve ser ponderado os interesses legítimos que gravitam ao seu redor⁷⁵⁰.

O Tribunal Constitucional em parte acompanhou este entendimento na supramencionada sentença que, nas palavras de Fernando Rey Martinez, caracteriza a “desvalorização do direito de propriedade”⁷⁵¹, que teria origem no franquismo na Espanha e na Constituição de Weimar na Alemanha⁷⁵². Dentro desta ideia de desvalorização ou enfraquecimento da propriedade privada, podem ser inseridas várias construções doutrinárias e tendências jurisprudenciais, dentre elas: i) a defesa que à propriedade seria inerente a característica de uma debilidade geral e constitutiva; ii) a definição da garantia constitucional da propriedade como uma simples garantia de instituto; iii) a definição da propriedade como relação jurídica; iv) a defesa da supremacia do aspecto objetivo da propriedade como direito fundamental em detrimento do direito subjetivo.

Quanto ao item (i), cabe frisar que tal teoria baseia-se numa interpretação da obra de Otto Mayer⁷⁵³, administrativista alemão que, em 1895, escreveu um tratado de Direito Administrativo, no qual defende um enfraquecimento inerente ao direito de propriedade em virtude das restrições que a propriedade imobiliária sofria em prol da utilidade pública. Ainda que tais limitações fossem sujeitas ao princípio da proporcionalidade, o reconhecimento da propriedade privada seria de antemão limitado e fraco. A crítica a esta corrente é dirigida no sentido de que a expressão “direito subjetivo debilitado” é incompatível com o conceito de direito subjetivo, além de enfraquecer o caráter fundamental do direito de propriedade.

Entender que a propriedade tem como característica uma debilidade inerente significa dar a menor eficácia possível à garantia constitucional da propriedade privada, tratando-se de posição incompatível com a defesa de seu conteúdo essencial. Outrossim, tem como pano de fundo uma interpretação que sustenta que o seu reconhecimento constitucional é apenas uma remissão ao legislador ordinário, para que este lhe preencha o conteúdo. Para os fins do presente trabalho, defende-se que a propriedade constitucional não pode ser um direito subjetivo debilitado, possuindo um conteúdo mínimo.

⁷⁵⁰ Para Salvatore Pugliatti, a propriedade privada se transforma numa relação de índole publicista quando observa uma função social. (In: *Scritti giuridici*. v. 2. Giuffrè: Milano, 2010. p. 44.

⁷⁵¹ Cf. MARTINEZ, Fernando Rey. Sobre la (paradojica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada. In: *Derecho Privado y Constitución*. n. 3, p. 183, mayo-agosto 1994.

⁷⁵² Apesar disto, a tendência da Corte, desde a sentença 37/1987, é no sentido de reconhecer um conteúdo essencial para o direito de propriedade, que na prática tem apenas se mantido como uma garantia de existência, isto é, da não supressão da propriedade privada pelo legislador ordinário. Cf. MARTINEZ, Fernando Rey. El devaluado derecho de propiedad privada. *Revista Persona y Derecho*, n. 55, p. 959-995, 2006.

⁷⁵³ MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo I, Buenos Aires: Depalma, 1982. Cf. MARTINEZ, Fernando Rey. Sobre la (paradojica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada. *Derecho Privado y Constitución*. n. 3, p. 184, mayo-agosto 1994.

A reserva de um conteúdo constitucional impõe limites à conformação deste direito pelo legislador. Isto se coaduna com as definições que parecem não se afastar dos elementos mínimos constantes que Honoré⁷⁵⁴ observou quanto à propriedade, para que se defina como tal e com a diferenciação entre o conceito e a concepção. Assim é que existem elementos mínimos que fazem parte do conceito de propriedade que não podem ser afastados; uma vez respeitados tais elementos, as conformações dadas pelos textos constitucionais são concepções deste mesmo direito.

Apona Ascensão que apropriação privada em qualquer de suas formas é de direito natural, por corresponder à necessidade de garantir aos indivíduos um espaço, no qual possam desenvolver suas atividades sem intervenções. Deste modo, na garantia constitucional da propriedade, existem dois aspectos: 1) uma garantia institucional, segundo a qual não poderá ser suprimido o instituto da propriedade privada; 2) uma garantia de direitos já existentes que não podem ser arbitrariamente suprimidos⁷⁵⁵.

Igual entendimento é esposado por Arruda Alvim, para quem a propriedade possui elementos essenciais que podem ser diretamente inferidos do texto constitucional⁷⁵⁶. Dentro do conteúdo mínimo do direito de propriedade, estão a utilidade privada e o poder de disposição, que devem ser garantidos ao proprietário, elementos que oponíveis ao legislador ordinário, que não pode suprimi-los, sob pena de descaracterizar o direito de propriedade⁷⁵⁷. António Menezes Cordeiro usa a expressão “constituição patrimonial privada” para definir “o conjunto sistematizado de normas e princípios destinados à regulação de situações jurídicas privadas de conteúdo econômico e que estão contidas em determinada constituição”⁷⁵⁸.

De modo semelhante, Guido Alpa explica que a disciplina constitucional da propriedade privada deve garantir o poder de disposição e a livre circulação dos bens, assegurando ao proprietário a liberdade de utilização econômica dos bens objetos do domínio⁷⁵⁹. Baldassarre, por seu turno, reconhece que as faculdades de uso e disposição fazem

⁷⁵⁴ HONORÉ, A. M. The nature of Property and the Value of Justice. Ownership. In: *Making Law Bind: essays on legal and philosophical*. New York: N.Y. Clarendon Press of Oxford University Press, 1987. p. 370-375.

⁷⁵⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*. Reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 151.

⁷⁵⁶ ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro: livro introdutório ao Direito das Coisas e ao Direito Civil*. Coordenadores: ALVIM, Arruda; ARRUDA, Teresa; CLÁPIS, Alexandre Laizo. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 43-44.

⁷⁵⁷ Ressalte-se a posição de San Tiago Dantas, que, analisando a Constituição de 1937, defendia que a garantia constitucional da propriedade englobaria apenas a impossibilidade de sua supressão pelo Estado, não existindo uma garantia de conteúdo porque o constituinte teria deixada a conformação dominial, seu conteúdo e limites a cargo do legislador ordinário. (DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Programa de Direito Civil*. III. 2. ed. Direito das Coisas. Revisão do texto e anotações de José Gomes Bezerra Câmara. Atualização de Laerson Mauro. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1984. p. 115).

⁷⁵⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*. Reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 150.

⁷⁵⁹ ALPA, Guido. Crisi dello stato sociale e il contenuto minimo della proprietà: *Atti Del convegno di Camerino*,

parte do conteúdo mínimo de propriedade, porém adverte que a Constituição italiana não prevê um *standard* único para o exercício dessas faculdades, sendo apenas possível falar num conteúdo mínimo típico⁷⁶⁰.

Isto significa que as faculdades de uso e gozo do bem concretamente consideradas têm de estar em conformidade tanto qualitativa como quantitativa com o interesse privado, que é a razão subjacente do núcleo essencial da propriedade. Deste modo, o legislador não pode suprimir a titularidade privada dos bens econômica e socialmente úteis, e tampouco restringir imotivadamente as faculdades que lhes são características.

O item (ii) refere-se à garantia de permanência constitucional da propriedade como simples instituto jurídico. Em tal perspectiva, o fato de haver uma previsão da propriedade privada implica apenas no efeito genérico de garantir os cidadãos contra a sua supressão posterior pelo legislador (garantia de instituto), estabelecendo uma esfera de legalidade dentro da qual este pode atuar, sem englobar qualquer conteúdo mínimo ou essencial.

A definição da propriedade como simples garantia de instituto está associada à compreensão da garantia constitucional da propriedade originada na doutrina e jurisprudência alemãs contemporâneas à República de Weimar, com o intuito de conservação de algumas bases tradicionais da ordem social. Diante de inúmeras mudanças legislativas, desenvolveu-se a tese da garantia de instituto para o direito de propriedade. Ao contrário do que possa parecer, a corrente doutrinária não traz o reforço do direito de propriedade, mas o seu enfraquecimento diante de outros direitos fundamentais, porque a noção parte da premissa de que a propriedade é um direito cuja existência depende de reconhecimento legal. Se os demais direitos fundamentais possuem um conteúdo pré-configurado, sem necessidade de intermediação legislativa, o mesmo não ocorre com a propriedade, que apenas pode ser determinada pela ordem jurídica⁷⁶¹.

A definição da propriedade como relação jurídica (iii) defende que a propriedade não deve ser reconhecida como um direito subjetivo, mas deve ser analisada precipuamente a relação jurídica que se estabelece entre a propriedade e os núcleos de interesses legítimos que o circundam⁷⁶². Tais interesses não proprietários devem ser considerados para a conformação

27-28 maggio 1982. Napoli : Editore Scientifiche italiane, 1982. p. 4.

⁷⁶⁰BALDASSARRE, Antonio. Proprietà. Diritto costituzionale. In: *Enciclopedia giuridica italiana Treccani*. v. XXV, Roma, 1991, p. 8.

⁷⁶¹A crítica é feita por Manuel Nogueira de Brito (*A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 755, nota 331) e também por MARTINEZ, Fernando Rey. Sobre la (paradojica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada. *Derecho Privado y Constitución*. n. 3, p. 183, mayo-agosto 1994.

⁷⁶²Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 102; CARINGELA, Francesco. *Studi di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 352. v 2.

do direito de propriedade, bem como para a imposição de limites e restrições ao mesmo, de acordo com os objetivos constitucionalmente consagrados.

A referida abordagem não se coaduna com a natureza jurídica do direito de propriedade, que é tradicionalmente apontado como o direito subjetivo por excelência, ou seja, o direito mais forte que pode existir sobre uma coisa. Ressalte-se que o reconhecimento da propriedade como um direito fundamental e uma garantia constitucional, liga-se à noção de direito subjetivo, ao qual permanece unida.

Põe-se aqui a questão da dinâmica que se estabelece entre propriedade e sua associação com a liberdade no domínio nos direitos fundamentais. Apesar de o direito de propriedade privada estar associado à liberdade, a ela não deve ser reduzido, estando também ligado ao Estado de Direito e ao princípio democrático, conforme pontua Fernando Martinez. Segundo o autor, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais comporta uma tríplice repartição: i) a garantia de acessibilidade à propriedade (a dimensão democrática, que classifica a propriedade como um elemento de liberdade política); ii) a proibição de abolição legislativa da propriedade privada dos meios de produção ou sua vinculação ao Estado; iii) a existência de um campo mínimo de bens reservados à apropriação privada⁷⁶³.

Por fim, outro fator apontado como redutor da garantia da propriedade é o reconhecimento da dimensão objetiva em detrimento da subjetiva (iv). Saliou-se anteriormente que a dimensão objetivo-institucional da propriedade está relacionada à função desempenhada pela propriedade dentro do ordenamento jurídico que é especificamente dirigida ao legislador, o que assegura o acesso à propriedade e impede a supressão da propriedade privada enquanto instituto jurídico.

Porém o ponto problemático da admissão da doutrina da dupla face dos direitos fundamentais à propriedade não está no reconhecimento de sua dimensão objetiva, mas na interpretação que vem sendo atribuída. Não raro a citada dimensão é associada à função social do direito de propriedade, que apontaria o predomínio dos aspectos sociais deste, em detrimento do seu caráter individualista, como forma de mitigar o seu aspecto subjetivo dominical.

Aponta Francesca López Quetglas que a insistência nesta interpretação é despicienda, pois há muito já se superou o direito de propriedade como ilimitado – que, na realidade, nunca existiu em sua inteireza – e atualmente reconhece-se, com certa tranquilidade, que a

⁷⁶³ MARTINEZ, Fernando Rey. El devaluado derecho de propiedad privada. *Revista Persona y Derecho*, n. 55, p. 986, 2006.

propriedade tem uma função social⁷⁶⁴. Porém questiona-se o sentido atribuído à referida função social. Por oportuno, cite-se a advertência de Clóvis Beviláqua sobre a inadequação desta interpretação, apesar de não se referir especificamente à garantia constitucional da propriedade, mas às tendências socializantes do Direito Privado:

Há modernamente, em reação ao individualismo, uma tendência de ir restringindo, até extingui-lo, o domínio territorial do indivíduo. É erro funesto: porque, para explorar o solo e seus elementos componentes, a sociedade necessita de torná-los produtivos pelo esforço do homem; mas aquela tendência, sob o pretexto de atenuar o egoísmo individual, arvora em norma o egoísmo social, reduzindo o estímulo ao trabalho, em detrimento do progresso social, do ponto de vista econômico, assim como em face da ética⁷⁶⁵.

No presente estudo, defende-se que a função social da propriedade deve ser interpretada à luz da *ratio*, que justifica o seu reconhecimento pelo texto constitucional, que é assegurar a propriedade privada como poder do indivíduo sobre um bem, reconhecendo-lhe uma esfera individual de proteção intangível pelo Estado. Com isso, pretende-se apontar que a garantia constitucional da propriedade em termos objetivos deve ser entendida como um reforço à sua dimensão subjetiva e do reconhecimento de uma proteção à esfera individual e à apropriação privada dos bens.

A associação da função social da propriedade à dimensão objetiva do direito de propriedade, enquanto um direito fundamental, induz a uma ideia de supremacia de uma das faces do direito sobre a outra, notadamente a dimensão objetiva, a qual, de garantia assegurada ao particular, se tornaria um mecanismo promotor do enfraquecimento do próprio direito que se pretende assegurar. Compreendida deste modo, a dimensão objetiva acabaria por aniquilar a dimensão subjetiva da propriedade.

O aspecto subjetivo continua sendo primordial por expressar a utilidade privada da propriedade, e bem assim o aspecto objetivo, igualmente relevante como um reforço ao próprio direito. Não se pode olvidar, como bem salienta uma decisão do Tribunal Constitucional alemão de 1961, que “à propriedade corresponde a tarefa de, dentro do contexto global dos direitos fundamentais, possibilitar ao seu titular um espaço de liberdade dentro do campo do Direito patrimonial”⁷⁶⁶.

O problema central da noção de propriedade, que promove a dimensão objetiva em detrimento da dimensão subjetiva, está na excessiva redução da autonomia privada do

⁷⁶⁴QUETGLAS, Francisca López. El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión). In: *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXXIX (2006), 335-362, p. 354.

⁷⁶⁵BEVILÁQUA, Clovis. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. p. 96. v I.

⁷⁶⁶ A frase foi usada numa decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 07 de agosto de 1962 e citada por MARTINEZ, Fernando Rey. Sobre la (paradojica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada. *Derecho Privado y Constitución*. n. 3, p. 184, mayo-agosto 1994.

proprietário. É sabido que, na história da propriedade, conforme demonstrado no item 1 da presente tese, jamais existiram, “salvo na mitologia liberal”⁷⁶⁷, direitos ilimitados. Obviamente, devem ser postos limites à propriedade privada e, de fato, sempre foram. O que ocorre é uma diversidade de medida ao longo da História. A interpretação que sugere que as limitações impostas pela função social são inerentes ao conteúdo do direito subjetivo não é consentânea com a sua natureza e traz como consequência a debilidade de um direito constitucionalmente assegurado como fundamental.

Contudo a interpretação global da teoria dos direitos fundamentais permite verificar que a determinação do aspecto objetivo tem como efeito a confirmação do reforço da dimensão subjetiva e não o seu enfraquecimento. Em se tratando de direitos fundamentais, deve-se adotar a interpretação que lhes assegure a maior efetividade possível, em conformidade com o princípio da máxima expansão da tutela⁷⁶⁸. Dentro desta lógica, deve ser interpretada a função social, entendida como um limite externo imposto à propriedade, por razões específicas e socialmente determinadas, nos casos devidamente autorizados pela Constituição, que estabelece balizas a serem respeitadas pelo legislador ordinário.

Nesta esteira, inserir a função social como um limite interno do direito de propriedade, além de enfraquecer a garantia constitucional, contraria a fundamentalidade prevista nas Cartas de Direitos Internacionais⁷⁶⁹. Recentemente, pode-se citar a Carta de Nizza que, em

⁷⁶⁷ A expressão é de Fernandez Rey Martinez. El devaluado derecho de propiedad privada. *Persona y Derecho*, n. 55, p. 983, 2006.

⁷⁶⁸ Cf. SALVI; Cesare. Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociale tra diritto europeo e diritti nazionali. *Rivista Persona e Mercato*. n.1, p. 27-36; 29, 2011.

⁷⁶⁹ Cabe ressaltar que o reconhecimento da propriedade como um direito fundamental associado à liberdade e oponível ao Estado está no centro do surgimento do constitucionalismo, e por isso, a noção vem reconhecida nas principais Declarações de Direitos. Tais documentos marcam o reconhecimento dos direitos que decorrem da própria natureza humana e são os grandes marcos do surgimento do constitucionalismo. Nesta esteira, o art. 1º. da Declaração de Direitos Virginia (*Virginia Bill of Rights*, de 12 de junho de 1776): *Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade*. Pode-se citar ainda a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776, que determina que “que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade” (Cf. LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental. Breves notas introdutórias: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 49 n. 194, p. 53-63; 55, abr./jun. 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496577/000952682.pdf?sequence=1>>. Acesso: 02 ago. 2016). Por fim, *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de agosto de 1789, assim prevê: Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum; 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; Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei (Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

1999, introduziu um catálogo de direitos fundamentais na esfera da União Europeia, dentre os quais se insere a propriedade⁷⁷⁰. Quando da sua adoção pelo parlamento europeu, em 2000, tratava-se de um documento que gozava de efeito meramente indicativo; porém, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009, a Carta foi investida de efeito vinculativo para todos os países.

Diversamente da tendência anteriormente adotada em algumas Constituições europeias, dentre elas a italiana, a espanhola e a portuguesa, a Declaração de Direitos Fundamentais da UE insere a propriedade entre os direitos de liberdade e não como um direito econômico. Influenciada por tal inserção, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos⁷⁷¹ vem reconhecendo a fundamentalidade do direito de propriedade⁷⁷², o que tem provocado repercussões nas legislações e decisões judiciais dos Estados-membros, em atendimento ao princípio da máxima expansão da tutela dos direitos fundamentais, previsto no artigo 53 da já mencionada Declaração⁷⁷³.

Segundo o referido princípio, o respeito às obrigações internacionais não pode ocasionar uma diminuição das garantias da tutela em relação àquelas que já existem; de outro lado, a ratificação de Convenções Internacionais pode e deve constituir um mecanismo de ampliação da tutela já reconhecida⁷⁷⁴. A aplicação da máxima tutela dos direitos fundamentais

⁷⁷⁰Art. 1º, protocolo 1. Qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional.

As condições precedentes entendem-se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas Disponível em:

<http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2016. Sobre o processo de elaboração da Carta de Nizza e a sua posterior vinculatividade, ver: Carta dos Direitos fundamentais. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3A133501>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

⁷⁷¹Para um maior aprofundamento sobre o tema, consultar: D'AMICO, Giovanni (a cura di). *Proprietà e diritto europeo*. Atti del Convegno. Reggio Calabria, 11 e 12 ottobre 2013. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2013; <<http://www.euronomade.info/?p=2114>>; PLAJA, Armando. *Alcune Considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del trattato europeo e diritto*. Atti del >. Convegno su « *Le libertà fondamentali del Trattato U.E. e il diritto privato* », che si è svolto il 31 ottobre 2014 presso l'Università degli Studi Roma Tre. Disponível em: <https://www.academia.edu/20981724/ALCUNE_CONSIDERAZIONI_SUL_RAPPORTO_TRA_LIBERTÀ_FONDAMENTALI_DEL_TRATTATO_EUROPEO_E_DIRITTO_PRIVATO>. Acesso em: 03 ago. 2016.

⁷⁷²SALVI, Cesare. La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale? *Rivista critica del diritto privato*, n. 3, 2009, 409 ss; MARELLA, Maria Rosamaria. *La funzione sociale oltre la proprietà*. Disponível em: <<http://www.euronomade.info/?p=2114>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

⁷⁷³Artigo 53- Nível de protecção.

Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros. Disponível em:

<http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2016.

⁷⁷⁴ Cf. Decisão da Corte Constitucional italiana n. 317/2009 apud SALVI, Cesare. *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociale tra diritto europeo e diritti nazionali*. *Rivista Persona e Mercato*. n.1, p. 29, 2011.

tem levado a uma interpretação ampliada destes, que não estariam limitados àqueles formalmente garantidos nas Cartas constitucionais como direitos e garantias fundamentais, mas englobaria também os direitos materialmente fundamentais que não são expressamente reconhecidos como tais, mas que “tutelam interesses subjetivos para o livre desenvolvimento da personalidade, inerentes à dignidade humana, que tenham se revelado como essenciais no processo histórico de luta pela liberdade”⁷⁷⁵.

É o caso da propriedade, um autêntico direito fundamental, estritamente ligado à liberdade individual e ao próprio surgimento do constitucionalismo moderno. Por tal razão, na Europa vem ganhando força a tendência a considerá-la como um direito materialmente fundamental, ainda quando apenas reconhecido como um direito econômico pelas Cartas europeias, por influência das decisões Corte Europeia de Direitos Humanos⁷⁷⁶ que, tomando por base o artigo 46 da Declaração, criou a figura do déficit estrutural da disciplina dos direitos humanos.

Em Portugal e na Espanha, países cujas Constituições assim a disciplinam, é corrente o entendimento de que ao direito de propriedade é aplicável o regimes dos direitos e garantias fundamentais⁷⁷⁷, sendo que, em Portugal, tal possibilidade é expressamente admitida pela Constituição, que traz um rol de direitos fundamentais passível de ampliação⁷⁷⁸.

Na Itália, até 2007, a jurisprudência nacional estava praticamente pacificada na consideração da propriedade como um direito econômico e na classificação da função social

⁷⁷⁵ BRAGE CAMAZANO, Joaquim. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 445. 248; Ver também: BRAGE CAMAZANO, Joaquim. *Los límites a los derechos fundamentales en los inicios del constitucionalismo mundial y el constitucionalismo histórico español*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. Disponível em: <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1735>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

⁷⁷⁶Cf. MARELLA, Maria Rosamaria. *La funzione sociale oltre la proprietà*. Disponível em: <<http://www.euronomadef.info/?p=2114>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

⁷⁷⁷ Cf. MOREIRA, Maria Elisabeth Fernandez. *Direito ao meio ambiente e propriedade privada* (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das “leis-reserva” portadoras de vínculos ambientais) Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 169; BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004; QUETGLAS, Francisca López. El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión). In: *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXXIX (2006), p. 335-362.

⁷⁷⁸ Constituição da República portuguesa: “Artigo 16.º

Âmbito e sentido dos direitos fundamentais

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Artigo 17.º

Regime dos direitos, liberdades e garantias

O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”.

Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

da propriedade como um elemento interno do direito⁷⁷⁹. Todavia, em tal ano, por conta das sentenças n. 348 e 349/2007 da Corte Constitucional, o país foi condenado pela CEDH por déficit estrutural de disciplina do direito de propriedade⁷⁸⁰, o que ocasionou algumas mudanças na orientação da Corte Constitucional quanto à ocupação aquisitiva e à expropriação, apesar de ainda existirem várias polêmicas sobre o tema⁷⁸¹.

O déficit se faz presente quando um Estado-parte da Convenção traz, na sua legislação ordinária, a previsão deficitária e pouco garantista de um direito fundamental, o que o obriga a adotar a proteção ou concepção expansiva dos direitos fundamentais, por força do artigo 46 da Declaração dos Direitos Humanos, que consagra a força vinculativa das sentenças definitivas da CEDH. Como consequência, os países signatários têm a obrigação de se adequar aos seus pronunciamentos nas controvérsias dos quais são partes, ainda que sejam contraditórios com a legislação interna⁷⁸².

A partir desses dois casos emblemáticos, a Corte Constitucional promoveu alterações nos seus posicionamentos por entender que a adesão da Itália à Convenção teria ocasionado a inserção de um novo tipo de fonte no ordenamento italiano, a chamada norma interposta, isto é, as normas da convenção, tais como interpretadas pela Corte. E com isso teria introduzido também um novo parâmetro para a verificação da constitucionalidade de uma lei ordinária⁷⁸³: sua conformidade com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁷⁸⁴.

⁷⁷⁹ Cf. item 2.3 do presente trabalho.

⁷⁸⁰ SALVI, Cesare. *La proprietà privata: diritto di libertà o funzione sociale?* Disponível em: <http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/C_Sa/C_Salvi_propriet--privata_versione-01_07_09.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2016.

⁷⁸¹ Tais figuras serão examinadas mais à frente, no item dedicado às restrições ao direito de propriedade.

⁷⁸² Artigo 46º

Força vinculativa e execução das sentenças

1. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes.
2. A sentença definitiva do Tribunal será transmitida ao Comité de Ministros, o qual velará pela sua execução.
3. Sempre que o Comité de Ministros considerar que a supervisão da execução de uma sentença definitiva está a ser entravada por uma dificuldade de interpretação dessa sentença, poderá dar conhecimento ao Tribunal, a fim que o mesmo se pronuncie sobre essa questão de interpretação. A decisão de submeter a questão à apreciação do tribunal será tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares.
4. Sempre que o Comité de Ministros considerar que uma Alta Parte Contratante se recusa a respeitar uma sentença definitiva num litígio em que esta seja parte, poderá, após notificação dessa Parte e por decisão tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares, submeter à apreciação do Tribunal a questão sobre o cumprimento, por essa Parte, da sua obrigação em conformidade com o n.º 1. (Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2016).

⁷⁸³ SALVI, Cesare. *La proprietà privata: diritto di libertà o funzione sociale?* Disponível em: <http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/C_Sa/C_Salvi_propriet--privata_versione-01_07_09.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2016.

⁷⁸⁴ Articolo 117 della Costituzione italiana:

La potestà legislativa è esercitata dallo Stato [70 et seq.] e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Disponível em: <https://www.senato.it/1025?sezione=118&articolo_numero_articolo=1>. Acesso em: 04 ago. 2016.

Os exemplos citados ilustram que atribuir uma debilidade natural ao direito de propriedade e impor ao mesmo limitações excessivas significa admitir um déficit da disciplina da propriedade privada, o que confronta com o seu reconhecimento como um direito fundamental. A tendência à recuperação da propriedade como um direito fundamental, mesmo nos países em que tradicionalmente tem sido classificada como um direito econômico, parece fortalecer a doutrina que defende a existência de um núcleo essencial da propriedade ou conteúdo mínimo a ser garantido pelos ordenamentos jurídicos.

A citada inversão de rumo aponta na direção dos ensinamentos de Jose de Luis de Los Mozos, para quem a solução para a crise do Direito Privado tem como ponto de partida o retorno à tradição jurídica e à reconstrução dogmática do direito de propriedade como “*dominium plenum*”⁷⁸⁵. A função social não é um conceito, mas uma ideia que se coloca em relação aos conceitos jurídicos, tratando-se de uma categoria relacional entre conceitos como a propriedade e a liberdade, ou a iniciativa privada e a iniciativa reguladora do Estado⁷⁸⁶. É o que o legislador europeu parece ter notado após quase 40 anos sem uma definição satisfatória para a função social: o surgimento do chamado “direito social”, bem como a função social da propriedade não põem em xeque a propriedade como instituto de Direito Privado e muito menos sua concepção unitária⁷⁸⁷.

A garantia constitucional da propriedade não é incompatível com a noção de função social, desde que ambas as noções sejam corretamente entendidas e articuladas com o conteúdo mínimo do direito de propriedade. Por conteúdo mínimo ou essencial, entende-se o elenco de faculdades ou possibilidades de ação necessárias para que um direito seja devidamente qualificado como tal, sem o qual não há de se falar naquele tipo, que perde as suas características essenciais, desnaturaliza-se e passa a ser qualificado como pertencente a outra categoria jurídica.

A propriedade, direito subjetivo que não requer intermediários para a sua plena realização, tem como atributos básicos a plenitude e a exclusão. A primeira refere-se à relação do sujeito com a coisa e se concretiza nas faculdades atribuídas ao proprietário, cujo domínio é marcado pela elasticidade, o que significa dizer que, em caso de restrição ao exercício destas faculdades, estas retornam para o particular tão logo as limitações desapareçam, sejam de

⁷⁸⁵ DE LOS MOZOS, Jose Luis. Jose Luis. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradicion juridica*. Madrid: Edersa, 1993. p. 223.

⁷⁸⁶ Ibidem, p. 129.

⁷⁸⁷ Ibidem, p. 108- 109.

conteúdo voluntário ou legal⁷⁸⁸. A segunda diz respeito à possibilidade de excluir os demais do uso e gozo do que pertence ao titular.

A função social da propriedade é um critério de política legislativa, de índole relacional, que traz a articulação deste direito com outros interesses e, por isso, não pode ser classificada como um elemento conatural ao direito de propriedade e tampouco incluída no seu conteúdo mínimo. Trata-se de um limite material externo ao domínio, que está ligado às restrições impostas pelo Estado à propriedade⁷⁸⁹.

Com isso, não se quer descurar da vertente social que está consagrada na função social da propriedade, mas apenas definir que as restrições devem ser interpretadas restritivamente e justificadas à luz do conteúdo mínimo do direito de propriedade, que não pode ser afastado. Por ser um comando dirigido ao legislador, a função social é um conteúdo que, na sua concretização, deve considerar que a propriedade tem no direito subjetivo o seu núcleo primário: este não tem total liberdade de conformação: esbarra no conteúdo mínimo da propriedade constitucionalmente garantido.

A ausência de um conteúdo preciso da função social não pode levar ao aniquilamento do direito subjetivo e, assim, qualquer restrição que venha a descaracterizar a propriedade, enquanto direito subjetivo e garantia fundamental, não deve ser admitida. Tomando por base a presunção de liberdade do domínio, pode-se afirmar que as limitações impostas ao direito de propriedade não se presumem e que a imposição de uma limitação deve estar em conformidade com os ditames constitucionais.

Isto decorre também da força expansiva dos direitos fundamentais, que obriga a submeter à interpretação restritiva qualquer intervenção legislativa tendente a restringir tais direitos. Aponta Díez-Picazo que a necessidade de proteger um interesse geral em detrimento de um direito fundamental terá que ser devidamente justificada e forte para ensejar semelhante restrição⁷⁹⁰. Existem assim limites à intervenção legislativa, os “limites dos limites”, de tal modo que intervenções que levam em conta apenas a utilidade social ou o interesse geral não devem ser admitidas se chegam a anular ou desvirtuar um direito subjetivo.

⁷⁸⁸ SABATÉS, Vidal Rivera. La propiedad privada y su índole elástica. *Foro, Nueva época*, v. 16, n. 2, p. 231-257, 2013.). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5209/rev_FORO>, v. 16, n. 2, 43938, 2013.

⁷⁸⁹Cf. QUETGLAS, Francisca López. El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión). op. cit. p. 355. Em igual sentido, BRAGE CAMAZANO, Joaquín (*Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid; Dykinson, 2004. p. 306-307); FERNANDEZ, Maria Elisabeth Moreira (*Direito ao meio ambiente e propriedade privada* (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das “leis-reserva” portadoras de vínculos ambientais). Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 169).

⁷⁹⁰DÍEZ PICAZO, Luis Maria. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003. p. 114.

Como dito, a garantia da propriedade não é óbice à aplicação das restrições impostas pela função social⁷⁹¹; todavia esta deve ser “reposicionada” ao lugar que lhe compete. Por isso sustenta-se que a defesa da função social como um limite externo ao direito de propriedade é a que melhor se coaduna com tal natureza e se coloca de modo pertinente, em especial no ordenamento jurídico brasileiro, que a prevê expressamente como um direito fundamental. Partindo desta premissa, proceder-se-á à análise das manifestações da função social no ordenamento jurídico brasileiro, em especial os artigos 182 e 184 da Constituição da República brasileira e as restrições ambientais à propriedade.

4.2.1 Sentido e extensão da função social da propriedade no Brasil

Antes de prosseguir no itinerário que vem sendo traçado no presente estudo, impõe-se uma pequena pausa diante de uma bifurcação que se coloca adiante: a Constituição da República Federativa do Brasil prevê as propriedades urbana e rural e, em seu bojo, diversos modos de concretização das respectivas funções sociais através de variados parâmetros impostos pelo próprio Constituinte, que se espraiam para o legislador ordinário⁷⁹². A pergunta que nasce deste exame é a seguinte: haveria uma função social da propriedade ou várias funções sociais das propriedades, de acordo com a natureza do bem jurídico em questão?

A pergunta esconde uma outra indagação: subsiste a unidade da propriedade enquanto conceito jurídico ou há uma fratura neste conceito, de tal modo que não se poderia mais falar mais em propriedade, mas sim em propriedades? O questionamento é interessante porque forte doutrina sustenta que a função social não é um limite externo, mas sim um elemento conformador do direito de propriedade e que, justamente a partir do conceito de função social, é construída a noção da pluralidade de tipos proprietários⁷⁹³.

A defesa da função social como elemento conformador do direito de propriedade está associada ao conceito das propriedades diferenciadas, segundo a qual a definição da propriedade seria variável conforme a conformação que lhe dá a função social. Por isso, não é

⁷⁹¹ Em igual sentido, ASCENSÃO, José, de Oliveira. *Direito Civil*. Reais. 5.ed. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 151.

⁷⁹²Cf. SANTANA, Lucas da Silva. *A propriedade privada e sua função social: uma análise da situação proprietária*. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Programa de Pós- Graduação em Direito, Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, 2012, p. 759.

⁷⁹³ Vários autores foram citados ao longo do presente trabalho neste particular e por isso, no estágio atual do desenvolvimento da investigação, optou-se por não repetir os marcos teóricos já citados. Assim, far-se-á menção apenas alguns expoentes da corrente exposta.

desimportante indagar se a “teoria da pluralidade” de tipos proprietários é aplicável (e repercuta no estabelecimento de diversas funções sociais) ou se permanece uma só função social para qualquer tipo de propriedade estabelecida no ordenamento jurídico nacional.

Em suma, verificar-se-á se a garantia constitucional se manifesta de modo diverso, de acordo com a natureza jurídica do bem envolvido na situação concreta a ser analisada⁷⁹⁴, ou se permanece a mesma, ainda que se trate de diversas formas de concretização previstas pelo texto constitucional. A discussão parte da polêmica sobre o conceito unitário ou fragmentado de propriedade. Na realidade, existem essencialmente dois modos de se vislumbrar a propriedade: um deles é pensá-la como uma estrutura imutável, na qual a imutabilidade seria uma condição que permitiria individualizar e confrontar funções diversas entre si; outro modo é determinar que às diversidades de funções correspondem estruturas diversas, de modo que cada função tem uma estrutura autônoma, o que torna possível usar a palavra “propriedades” para expressar que o instituto proprietário não é algo uniforme e constante.

Em relação à fragmentação da propriedade, trata-se de construção teórica que sustenta que, face às constantes intervenções do Estado na propriedade para realizar os ditames de justiça social - que teriam sido negligenciados durante o período das grandes guerras - e na profusão de leis especiais que criam novos estatutos jurídicos, defende-se que não se deve mais cogitar de um único direito de propriedade em termos concretos. Tornar-se-ia necessário fazer menção à palavra no plural, qual seja, “às propriedades”, estabelecidas não apenas em relação à natureza do bem, mas em especial pelo diverso significado que assume a função social em cada uma delas, construção também relacionada com a diferenciação entre bens de produção e bens de consumo.

Cabe esclarecer que a propensão em compreender a propriedade de modo fragmentado coliga-se com a crítica da concepção moderna do instituto. Os críticos alegavam que as mudanças econômicas e sociais surgidas teriam ocasionado a revolta dos fatos contra o direito⁷⁹⁵ e a erosão do conceito de propriedade centrado no individualismo, daí a necessidade

⁷⁹⁴ Conforme Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “É evidente que a função social também varia de acordo com o estatuto proprietário em questão, mas o texto constitucional não deixa dúvidas de que toda propriedade tem, ou deve ter função social”. (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n. 6, p. 105, junho de 2005,). Os autores defendem ainda que o texto constitucional não traz uma garantia à propriedade em termos abstratos, mas apenas e tão somente à propriedade que cumpre a sua função social.

⁷⁹⁵MORIN, Gaston. *La révolte du droit contre le code: la révision nécessaire des concepts juridiques : contrat, responsabilité, propriété*. Paris: Sirey, 1945.

de inserção de um elemento social na propriedade, tendência que se manifesta nas correntes socializantes que propugnavam a criação de um “direito social”, na Europa pós-guerras⁷⁹⁶.

Na Alemanha, tal tendência apresenta forte manifestação após o fim da primeira guerra mundial, sob os auspícios da Constituição de Weimar e a sua dicção de que a propriedade obriga, introduzindo a ideia de deveres dentro do conteúdo do direito subjetivo, bem como a ingerência do Direito Público no âmbito do Direito Privado. A tese que considera a propriedade como um instituto de Direito Público encontra inicialmente abrigo entre os administrativistas alemães, antes mesmo da Constituição de Weimar, dentre eles Otto Mayer (1895), Otto Friedrich von Gierke (1899), Karl Renner (1904), este último posterior à disciplina introduzida pelo texto weimariano⁷⁹⁷.

Otto Mayer, administrativista, defende que as constantes intervenções do Estado em prol do interesse público, em especial na propriedade imobiliária, teriam mudado o caráter da propriedade a qual, de direito subjetivo absoluto, teria se transformado em um direito subjetivo debilitado⁷⁹⁸.

Otto von Gierke, adepto do germanismo da Escola Histórica do Direito, rejeitava a propriedade advinda do Direito romano, defendia uma dimensão social para o instituto, nos moldes de sua filiação doutrinária. Seu célebre discurso, proferido em 5 de abril de 1889, perante a Associação de Jurisconsultos de Viena, intitulado “*A função social do direito privado*”, expressou um protesto contra o sistema romanista da propriedade, defendido pela escolas das Pandectas no debate sobre projeto de Código Civil Alemão (BGB), cujo primeiro esboço havia sido publicado em 1887⁷⁹⁹.

Dentre as críticas desferidas estão os excessivos liberalismo e individualismo do projeto, além de sua inaptidão para regular as particularidades do povo germânico por

⁷⁹⁶Para um aprofundamento sobre a influência do socialismo no Direito Privado: SOLARI; GIOIELE. *Socialismo e diritto privato: Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato* (1906). Ed. postuma a cura di Paolo Ungari. Milano: Giuffré, 1980. Sobre a plurivocidade do termo “socialismo jurídico”, suas diversas acepções e a consequente dificuldade de reunir sob este rótulo pensadores com ideias diversas e que podem ser confundidas com “solidarismo jurídico” e a “socialização do Direito”, consultar: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz, A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 938, p. 79-155, dez. 2013. Diversamente, Jose Luiz de Los Mozos, introduz sob o pálio do “direito social” as diversas tendências socialistas, solidaristas e de socialização do direito, padrão seguido pela presente tese. Cf. DE LOS MOZOS, Jose Luiz. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*. Madrid: Edersa, 1993. p. 109-117.

⁷⁹⁷ Cf. DE LOS MOZOS, Jose Luiz. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*. Madrid: Edersa, 1993. p. 110.

⁷⁹⁸MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Alemán, tomo I, Buenos Aires: De Palma, 1895. Apud. MARTINEZ, Fernando Rey. Sobre la (paradojica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada. *Derecho Privado y Constitución*. n. 3, p. 184, mayo-agosto 1994.

⁷⁹⁹ Sobre o processo de codificação na Alemanha e sua influência no Brasil, ver: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz, A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 938, p. 79-155, dez. 2013.

desprezar o conjunto de tradições e costumes por este acumulado ao longo de sua História, em favor do Direito romano, que seria uma tradição completamente estranha a este povo⁸⁰⁰. Além disso, o apego ao individualismo acabaria por se tornar um instrumento de opressão dos mais pobres e perpetuaria a reprodução das injustiças sociais ainda existentes, ao invés de promover a sua transformação através de um direito de cunho marcadamente social⁸⁰¹. Em suas palavras, “o Direito Privado tem que estar impregnado por uma gota de socialismo”⁸⁰².

Para viabilizar tais mudanças, o Direito Privado germânico seria o mais adequado porque, diferentemente do Direito Romano, individualista por excelência, parte da premissa que não há direito sem dever, de tal modo limites impostos à propriedade no interesse geral, inclusive a possibilidade de expropriação, derivam da essência do seu conceito, não se tratando de elementos exteriores⁸⁰³. O próprio conceito de propriedade privada seria limitado porque no seu conteúdo está incluída a noção de dever jurídico, um limite inerente ao mesmo. A ideia de que a propriedade obriga seria plenamente admissível, tanto a esta máxima foi posteriormente consagrada no artigo 14 da Constituição de Weimar (1919)⁸⁰⁴, apontado, juntamente com a Constituição mexicana (1917)⁸⁰⁵, como um dos primeiros textos constitucionais a consagrar expressamente a função social da propriedade e os direitos sociais.

⁸⁰⁰Cabe ressaltar que a rejeição do direito romano se torna como uma das metas do Partido Nacional Socialista Alemão, expressa no item 19 do seu programa de governo. Como consequência, por entender que o BGB era inadequado ao espírito do povo romano, propõe a sua substituição por Código Civil do Povo alemão (Volksgesetzbuch), que seria autenticamente germânico. Cf. MONATERI, P. G.; SOMMA, Alessandro. *The fascist theory of contract: A comparative and historical inquiry into the darker side of contract law*. Cardozo Electronic Law Bulletin, feb. 2009. Disponível em:

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1347692>. Acesso em: 11 ago.2016.

⁸⁰¹Cf. RODRIGUES JUNIOR, loc. cit.

⁸⁰²GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado*. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904. Apud. MORAES FILHO, Odilon Carpes. *A função social da posse e da propriedade nos direitos reais*. Comunicação de notícia. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/odilonm2.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

⁸⁰³GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado: la naturaleza de las asociaciones humanas*. Tradução José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904. Apud PEIXOTO, Ester Lopes. *A função social da propriedade: do CC/1916 ao CC/2002*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 10. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/7496/000546278.pdf?...1>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

⁸⁰⁴Artigo 14

[Propriedade – Direito de sucessão – Expropriação]

(1) A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei.

(2) A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum.

(3) Uma expropriação só é lícita quando efetuada para o bem comum. Pode ser efetuada unicamente por lei ou em virtude de lei que estabeleça o modo e o montante da indenização. A indenização deve ser fixada tendo em justa conta os interesses da comunidade e dos afetados. Quanto ao montante da indenização, em caso de litígio, admite-se o recurso judicial perante os tribunais ordinários. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

⁸⁰⁵ Constituição Política de Los Estados Unidos Mexicanos. Disponível em:

<<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

Contudo o que não é afirmado com tanta frequência é que o artigo 15, dispositivo constitucional subsequente ao tão festejado artigo que prevê a função social da propriedade e a imposição de deveres ao proprietário, tem como prenúncio o sugestivo título “Da socialização” e, no seu conteúdo, prevê expressamente a possibilidade de expropriação dos meios de produção, com a sua transferência para a propriedade pública ou para outras formas da gestão coletiva⁸⁰⁶. Quanto à indenização, limita-se a remeter à aplicação analógica do artigo 14 §3, frases 3 e 4, que, em suma, prevê que o montante deve ser fixado com base nos interesses da comunidade e dos afetados, não trazendo qualquer menção à indenização prévia e justa.

Igualmente, no que concerne à Constituição mexicana e a sua alegada promoção da função social da propriedade, cabe ressaltar que o artigo 27 do texto atribuiu expressamente a propriedade das terras situadas dentro do território à Nação, a quem compete o direito de transmiti-la aos particulares e assim constituir a propriedade privada⁸⁰⁷. Uma vez estabelecida a propriedade privada pela Nação, caberá também a ela impor à propriedade privada as modalidades de restrição que decorram do interesse público, além da regulação da apropriação dos recursos naturais, com vistas à sua conservação e à distribuição equitativa da riqueza pública⁸⁰⁸. A citada Constituição, sob o pretexto de dar cabo à função social da

⁸⁰⁶Artigo 15

[Socialização]

Com a finalidade da socialização e por meio de uma lei que regule a forma e o montante da indenização, o solo, as riquezas naturais e os meios de produção podem ser transferidos para a propriedade pública ou para outras formas da gestão coletiva. Para a indenização, aplica-se por analogia o artigo 14 §3, frases 3 e 4. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

⁸⁰⁷ “La propiedad de las comprendidas dentro de los límites nacional, corresponde originariamente tierras y aguas del territorio a la Nación, la cual, ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”. Disponível em:

<<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

⁸⁰⁸ Para um panorama mais completo sobre as drásticas intervenções promovidas na propriedade privada pela Constituição mexicana, vale a pena a leitura integral do artigo 27, ainda que dotado de grande extensão. No presente trabalho faz-se menção apenas aos trechos mais importantes para ressaltar os atentados ao direito fundamental de propriedade que podem estar escondidos sob o pálio da função social da propriedade

Art. 27: (...) La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación. Con este objeto se dictarán las medidas necesarias para el fraccionamiento de los latifundios; para el desarrollo de la pequeña propiedad; para la creación de nuevos centros de población agrícola con las tierras y aguas que les sean indispensables; para el fomento de la agricultura y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad. Los pueblos, rancherías y comunidades que carezcan de tierras y aguas, o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad. Por tanto, se confirman las dotaciones de terrenos que se hayan hecho hasta ahora de conformidad con el Decreto de 6 de enero de 1915. La adquisición de las propiedades particulares necesarias para conseguir los objetos antes expresados, se considerará de utilidad pública”.

(...) Se declaran revisables todos los contratos y concesiones hechos por los Gobiernos anteriores desde el año de 1876, que hayan traído por consecuencia el acaparamiento de tierras, aguas y riquezas naturales de la Nación, por una sola persona o sociedad, y se le faculta al Ejecutivo de la Unión, para declararlos nulos, cuando

propriedade, promove uma nacionalização ou estatização das propriedades privadas anteriormente existentes. Sob o pretexto de redistribuição de renda através de um amplo programa de reformar agrária, a mesma efetuou um brutal confisco das propriedades agrárias e dos bens eclesiásticos; com a desculpa de propiciar o acesso à terra aos mais pobres – colocação também feita por Von Gierke ao se opor ao projeto de Código Civil alemão – o que realmente ocorreu foi a outorga das terras e dos recursos naturais ao controle irrestrito e absoluto do Estado, conforme se vislumbra pela leitura do conteúdo completo do já mencionado artigo 27.

Retomando a exposição relativa às tendências doutrinárias na Alemanha, cabe ainda mencionar Karl Renner, jurista e historiador de viés marxista, que aponta na mesma linha dos autores alemães anteriormente mencionados, e defende que propriedade teria se tornado um instituto de Direito Público por conta das constantes intervenções do Estado na economia⁸⁰⁹. Partindo da contraposição marxista entre estrutura e superestrutura, sustenta que as transformações da estrutura econômica repercutem na superestrutura jurídica, de modo que todas as instituições econômicas são contemporaneamente instituições jurídicas: todavia, as leis podem alterar a economia e modificá-la de modo independente.

Com base neste raciocínio, propõe a seguinte pergunta: se as leis podem alterar a economia, é possível que a economia altere “o conteúdo” (ou a função) de um instituto jurídico sem que haja uma lei neste sentido⁸¹⁰? Em outras palavras: pode a economia provocar a alteração de um instituto jurídico e atribuir a ele um novo papel social, mesmo que não haja uma lei expressa com tal previsão? A resposta é positiva e a propriedade é usada como exemplo. Para ele, a função desempenhada por um instituto dentro do ordenamento pode ser alterada sem que haja uma modificação legal que venha a alterar a sua estrutura.

A partir desta conclusão, estabelece as bases para o dualismo estrutura-função na problemática jurídica da propriedade. Assim, a estrutura da propriedade permanece como a de um direito subjetivo, um poder atribuído a um indivíduo sobre uma coisa para que este venha a dispor dela da maneira mais ampla possível. Contudo, com o advento do trabalho assalariado na economia capitalista, a propriedade teria mudado a sua função, ainda que esta continue sendo considerada juridicamente através da mesma estrutura⁸¹¹. Ainda que a

impliquen perjuicios graves para el interés público”. Disponível em:

<<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

⁸⁰⁹RENNER, Karl. Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale. Trad. C. Mittendorfer. Milano: Il Mulino, 1981. p. 199. Apud PELLERINO, Giovanni, *L'idea di proprietà*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 186.

⁸¹⁰Ibidem, p. 184 -185.

⁸¹¹RENNER, Karl. Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale. Trad. C. Mittendorfer. Milano: Il

estrutura da propriedade não tenha sido modificada, a sua função se modificou, mesmo sem intervenções legislativas expressas, por conta das recíprocas influências entre o Direito e a Economia, que demandariam uma interpretação evolutiva e sociológica da propriedade.

Para Renner, a solução para promover uma socialização da propriedade sem mudar a sua estrutura seria alterar a função por ela desempenhada dentro do ordenamento, por isso, como um primeiro passo para uma futura socialização dos meios de produção, esta deveria inicialmente passar a ter uma função pública e não mais individual⁸¹². Para além do viés ideológico, juridicamente, a construção de Renner tem o mérito de inaugurar a discussão sobre o dualismo “estrutura e função” dos instrumentos jurídicos, construção que possui repercussão na ideia de função social da propriedade⁸¹³.

Posteriormente, a supracitada tendência, inicialmente presente nos publicistas e historiadores dos direitos, passa a ser admitida entre os próprios civilistas, que parecem convencidos da força atrativa do Direito Público na regulação do Direito Privado. Como exemplo, Hedemann, que expressamente ressaltava a necessidade de estabelecer uma definição mais precisa para as limitações à propriedade impostas pelo Direito Público, aponta dois caminhos: ou se considera que estão incluídas no conceito de propriedade ou são colocadas à sua margem⁸¹⁴. Apenas na segunda opção dogmática é possível afirmar que há uma verdadeira socialização da propriedade.

Para além da qualificação da função social como limite interno ou externo, a observação de Hedemann refere-se à consideração do direito de propriedade e à indagação sobre a compatibilidade de uma função no bojo de um direito subjetivo. Tratar-se-ia de decidir que a propriedade é uma função social, conforme propunha León Duguit⁸¹⁵, influenciado pelas ideias de Augusto Comte⁸¹⁶, ou tem uma função social, duas correntes teóricas que controvertem sobre a natureza do direito de propriedade. A primeira corrente, também chamada de teoria interna defende que os limites da propriedade integrariam o seu conceito, associando-a à noção de propriedade-função ou propriedade-dever. A segunda

Mulino, 1981. p. 199. Apud PELLERINO, Giovanni, *L'idea di proprietà*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 185.

⁸¹² Cf. PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 186.

⁸¹³ A construção foi posteriormente acampada por Pietro Pierlingieri na Itália. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁸¹⁴ HEDEMANN, H. J. *Tratado de derecho civil*, v. II, *Derecho Reales*. trad. esp. , Madrid, 1955, p. 55. Apud DE LOS MOZOS, Jose Luis. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradicion juridica*. Madrid: Edersa, 1993. p.115.

⁸¹⁵ DUGUIT, Leon. *Fundamentos de direito*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

⁸¹⁶ Resumidamente, o pensamento de Comte propõe uma reforma social através da reorganização das estruturas vigentes por um conjunto de normas que possibilitaria a produção de riquezas conciliada com a dimensão social. COMTE, Augusto. *Reorganizar a sociedade*. Tradução de Antônio Geraldo da Silva. São Paulo: Editora Escala 2005. p. 13

vertente doutrinária, a teoria externa, sustenta que a noção de direito subjetivo e de função não podem coexistir dentro de um mesmo instituto, e assim a propriedade seria limitada por uma função social, que não se confunde com o direito em si.

Majoritariamente, a doutrina passa a considerar que a propriedade tem uma função social e não mais como dotada de uma função social. Porém, entre os dois extremos, existem correntes doutrinárias intermediárias, que defendem a propriedade como função social e sua inserção, ao mesmo tempo, como um elemento interno. Para os defensores desta tese, a função social seria um elemento componente da propriedade, mas não a tornaria uma função social.

Por conta das alterações ocorridas no modo de pensar a propriedade e das intervenções estatais, cada vez mais constantes através de legislações especiais, que passam a atrair para si questões outrora solucionadas pelo Código Civil, o que leva Louis Josserand a escrever que por conta do diverso significado que a função social assume em relação ao bem sobre a qual incide⁸¹⁷. O clássico manual publicado pelo civilista francês teve grande aceitação na Europa e repercutiu na obra Salvatore Pugliatti, que desenvolveu algumas de suas teorias, vindo a publicar, na década de 60 do século XX, um estudo sobre a “propriedade no novo direito”, no qual dedica um ensaio à nova temática, intitulado “*La proprietà e le proprietà*”⁸¹⁸. O texto provocou grande repercussão na Itália e iniciou a discussão sobre a fragmentação do conceito de propriedade e a sua substituição por estatutos proprietários diferenciados.

Proceder-se-á à explicação desta teoria para posteriormente adotar uma posição sobre a sua aplicabilidade no direito brasileiro, assim se justifica a exposição. Inicialmente, Pugliatti propõe uma diferença entre a propriedade privada e a pública⁸¹⁹: a propriedade privada tem uma função social; a propriedade pública é uma função social. Quanto à propriedade privada, sustenta que a situação proprietária não pode ser concebida apenas a partir do interesse privado, pois todo direito subjetivo (*facultas agendi*) decorre do Direito objetivo (*norma*

⁸¹⁷ JOSSERAND, LOUIS. *Cours de droit civil positif français*. v. I. troisième édition. Paris: Librairie de Recueil Sirey, 1938. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6478170k/f15.item.r>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

A primeira edição de obra data de 1930. Cabe ressaltar que Josserand entendia que tal modo de analisar a propriedade não era incompatível com a sua unidade conceitual. (Cf. DE LOS MOZOS, Jose Luis. Jose Luis. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*. Madrid: Edersa, 1993. p.115).

⁸¹⁸ PUGLIATTI, Salvatore. “La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera). In: *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 145- 311.

⁸¹⁹ PUGLIATTI, Salvatore. “La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera). In: *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 1-53.

agendi) e isso implica na afirmação que em todo interesse privado há um interesse público que justifica a sua própria existência⁸²⁰.

Sendo o interesse público a finalidade mediata de qualquer interesse privado e sua razão de existir, é o grau de interesse público contido em cada situação que determina os limites, a extensão e o conteúdo do interesse privado reconhecido, que pode variar de acordo com a função do bem em questão, o que daria origem a vários tipos de propriedade⁸²¹. Não é possível afirmar que a propriedade tenha um significado unívoco porque ela pode variar conforme a relação que se estabelece entre o interesse privado e o interesse público no seu reconhecimento, a partir da verificação dos interesses concretamente postos e dos nexos que a legislação estabelece entre eles⁸²².

Em Pugliatti, a repercussão da função da propriedade se dá na sua fundamentação e não propriamente seu conteúdo conformativo. Esta teoria posteriormente foi associada à noção de função social da propriedade, o que deu ensejo à teoria que coloca a função social como parte do conteúdo interno deste direito⁸²³.

Os partidários da função social como limite interno usam o conteúdo proposto por Pugliatti e o associam aos limites internos. Para a citada corrente, a função social seria uma verdadeira cláusula geral, dotada de uma vagueza semântica proposital, destinada a albergar em seu bojo uma série de significados, mutáveis conforme as mudanças ocorridas nos contextos sociais e econômicos. A construção jurídica da função justificaria a adoção de diversos regimes proprietários⁸²⁴, estabelecidos em conformidade com a natureza do bem jurídico em questão e também com os interesses extraproprietários que em torno dela gravitam⁸²⁵.

⁸²⁰ Para um aprofundamento sobre a obra de Salvatore Pugliatti, consultar: FAVARO, Stefano. *Salvatore Pugliatti e il suo tempo: per un diritto tra sistema e storia*. Tesi. Università degli Studi di Padova. Scuola di Dottorato in Giurisprudenza. Disponível em: <http://paduaresearch.cab.unipd.it/3296/1/tesi_dottorato_definitiva_-_STEFANO_FAVARO.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.

⁸²¹ PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 3 et seq.

⁸²² RESCIGNO, Pietro. Per uno studio sulla proprietà. *Rivista di diritto civile*, 1, p. 1-67, 1972. A partir do fenômeno apontado como “erosão da propriedade”, o autor defende a existência de várias formas de propriedade, pois o interesse público na apropriação do bem corresponde a vários estatutos proprietários de acordo com as finalidades previstas pelo legislador.

⁸²³ RODOTÀ, Stefano. Proprietà (Diritto vigente) In: *Novissimo Digesto Italiano*. Turim: UTER, 1967. p. 125-146; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 226.

⁸²⁴ Nas palavras do autor: “Attraverso il riconoscimento della effettiva funzione storica dei diversi elementi costitutivi del sistema giuridico della proprietà, invece, possono emergere, a un tempo, le finalità perseguite con i diversi statuti e il progetto sociale d’insieme ad essi corrisponde, non più cristallizzato intorno ad un’unica nozione, formalmente unitaria, ma ricavato dall’osservazione diretta di una realtà non più rinsecchita in poche formule dottrinarie”. RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1990. p. 55-56.

⁸²⁵ No Brasil, por todos, TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 336-337.

Entendidas tais premissas, é importante situar as diversas discussões que daí decorrem. Para esta corrente, a diversidade de estatutos proprietários conduz à diversidade de estruturas proprietárias e de funções sociais e repercute também na garantia constitucional da propriedade. Tal garantia estaria associada ao cumprimento da função social dos diversos estatutos proprietários. No Brasil, a teoria alcançou também grande êxito e tem defensores de renome como Gustavo Tepedino, para quem o texto constitucional não traz uma garantia à propriedade em termos abstratos, mas apenas e tão somente à propriedade que cumpre a sua função social, variável de acordo com o estatuto proprietário em questão⁸²⁶.

Posta a problemática, passar-se-á a expor o posicionamento a ser seguido pela presente tese, em torno de três eixos temáticos: i) unidade do conceito da propriedade; ii) unidade do “conceito” de função social; iii) unidade da garantia constitucional da propriedade.

Uma primeira observação é que há várias formas de estudar e conceber a propriedade e, a partir da concepção, pode-se chegar resultados diversos diante do fenômeno apropriativo. No presente trabalho, parte-se da diferença entre o conceito e a concepção da propriedade. Outrossim, defende-se que conceito de propriedade possui elementos constantes que o definem e a concepção é o modo de manifestação desta propriedade nos diversos ordenamentos e contextos históricos. O conceito é invariável por incluir o conteúdo mínimo da propriedade que deve existir em qualquer ordenamento jurídico, para que seja considerada como tal. É necessário um mínimo constante, presente em todas as ordenações civilizadas, em torno do conceito de propriedade: pertencimento (titularidade) e exclusão dos demais (a diferença entre o *meum* e o *tuum*).

Há um conteúdo mínimo de Direito Natural de cunho uniforme e que se refere essencialmente à autonomia privada. Partindo desse mínimo denominador comum (ou conteúdo mínimo ou essencial), existem aspectos que podem variar de acordo com o contexto e com a natureza dos bens envolvidos. A presente assertiva não contradiz o caráter histórico e também local do fenômeno proprietário, apenas estabelece um consenso mínimo que deve existir para que seja possível falar em propriedade nos termos entendidos pela presente tese, como o direito mais forte que existe entre um homem e uma coisa.

A consagração deste conteúdo mínimo que decorre da própria natureza da propriedade encontra abrigo na garantia constitucional da propriedade. Por tal razão, em resposta ao eixo

⁸²⁶Conforme Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “É evidente que a função social também varia de acordo com o estatuto proprietário em questão, mas o texto constitucional não deixa dúvidas de que toda propriedade tem, ou deve ter função social”. (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n. 6, p. 105, junho de 2005,). Os autores defendem ainda que o texto constitucional não traz uma garantia à propriedade em termos abstratos, mas apenas e tão somente à propriedade que cumpre a sua função social.

temático (i), no presente estudo, entende-se que o conceito de propriedade permanece unitário e bem assim a sua estrutura, apesar das restrições previstas do texto constitucional e nas leis especiais. Isto porque a garantia constitucional da propriedade lhe impõe um conteúdo mínimo que não pode ser afastado. A estrutura da propriedade é a mesma e se mantém constante dentro dos seus elementos essenciais, contudo o grau das limitações impostas pode variar, mas devem respeitar a própria caracterização direito de propriedade como direito subjetivo e, neste ponto, entra em jogo a função social, entendida como limite externo da propriedade.

O fato de a Constituição ter trazido previsões diversas para as propriedades rural e urbana não quer significar a fragmentação conceitual do instituto, apenas está a indicar que as limitações ao direito de propriedade podem se manifestar de modos variados, a depender da natureza do bem, sendo a cada qual atribuído um regime jurídico, o que não é propriamente uma novidade: a diferença entre os bens móveis e os imóveis, os bens públicos e os privados não é nova; já no Direito romano, fala-se em *res mancipi* e *res nec mancipi*, conforme o destino ou a finalidade da coisa, prevendo ainda os bens fora do comércio e os que estavam no comércio, de acordo com o valor atribuído aos mesmos.

Na verdade, considera-se que os modos diversos se referem à natureza jurídica dos bens e do sujeito. Assim, pode-se falar em propriedade imobiliária e mobiliária, propriedade privada e pública, urbana e rural e no grau ou intensidade em que elas podem ser impostas, porém o conceito de domínio resta intacto, pois os aspectos variáveis estão nas limitações impostas à propriedade. Ressalte-se ainda que as limitações possam ser maiores ou menores, de acordo com as circunstâncias.

Assim, a função social da propriedade, como “conceito relacional”, que traz limites externos à propriedade, e permite que a cada bem jurídico sejam impostas limitações diversas, variáveis conforme o seu destino. Se as limitações têm caráter externo, não há que se falar em alterações estruturais por ela promovidas, portanto, não se pode falar do conteúdo sem pensar na estrutura. Dentro da lógica “conceito e concepção”, para cada bem jurídico há uma função social que pode variar em conformidade com a concepção de função adotada para o bem jurídico em questão, isto é, conforme as restrições à propriedade impostas.

Diversamente de Pugliatti, defende-se que o fundamento da propriedade é essencialmente de Direito Privado, apesar de gerar também uma utilidade para a sociedade, como qualquer instituto jurídico. Porém a finalidade imediata da propriedade é individual e apenas de modo mediato é possível admitir uma utilidade pública, como decorrência da utilidade individual. A utilidade social está em garantir as utilidades privadas dos bens no

maior nível em que isto for possível, apenas admitindo restrições que sejam imprescindíveis ao interesse público.

Assim, de acordo com o destino dos bens, as restrições podem variar, sendo admitidas em graus diversos, de acordo com a natureza e o destino dos bens. É o que ocorre no texto constitucional brasileiro. O artigo 186⁸²⁷ estabelece os requisitos que a propriedade rural deve observar para atender à sua função social; já o artigo 184⁸²⁸ traz as diretrizes para a definição de sanções para a propriedade que não cumpre tal função. Além disso, o texto constitucional traz requisitos para desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, o que ensejou a promulgação da Lei n.º 8.629/96⁸²⁹, que traz critérios para a verificação da produtividade rural e prevê a operacionalização de desapropriação em caso de não cumprimento da função social.

Por seu turno, o artigo 182⁸³⁰ faz o mesmo para a propriedade urbana, deslocando a verificação da função social para o cumprimento das exigências previstas no Plano Diretor de

⁸²⁷Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

Além disso, o Estatuto da Cidade reforça os termos constitucionais e cria em seu artigo 10 o usucapião especial urbano, também chamada de usucapião especial coletivo: Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

⁸²⁸ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

⁸²⁹Artigo 9º, a função social é cumprida, quando a propriedade rural atende simultaneamente, segundo os critérios e graus de exigência estabelecidos em Lei aos seguintes requisitos:

I. Aproveitamento racional e adequado;

II. A utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III. A observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV. A exploração que favoreça o bem estar dos proprietários

⁸³⁰ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

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

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

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

cada Município. O Estatuto da Cidade (Lei n.10.257/01) concretiza a exigência constitucional e estabelece critérios para o exercício do direito de propriedade, decorrentes do Direito Urbanístico, aplicados com vistas a promover uma ordenação mais adequada e racional das cidades.

A menção aos dispositivos constitucionais não possui caráter exaustivo, no sentido de analisar todos os critérios previstos de modo detalhado, apenas objetiva demonstrar que cada um dos dispositivos traz requisitos específicos a serem atendidos pela propriedade, conforme seja qualificada como urbana ou rural, e que a previsão de limites diversos não afeta a unidade do conceito. A essência da propriedade é a mesma, seja um imóvel urbano ou rural: é o direito mais forte que existe sobre um bem, que tem como *ratio iuris* a utilidade privada.

Partindo da premissa de que a função social é um limite externo à propriedade, pode-se afirmar que há diversas concepções de função social, conforme o destino e a natureza do bem, o que não atenta contra a unidade da propriedade e da garantia constitucional; ao contrário, refere-se à unidade e também à elasticidade do direito de propriedade. A estrutura da propriedade é constante e a função social, como limite externo, é um critério imposto ao legislador que se refere às especificidades dos bens ou sujeitos em questão. Sendo a função social um elemento externo, não se presta a qualificar a propriedade, apenas as limitações que incidem sobre ela, sejam positivas ou negativas, para definir se são admissíveis ou não. Como consequência, a cada espécie de propriedade prevista são admissíveis restrições diversas, conforme a natureza dos sujeitos e dos bens envolvidos⁸³¹.

As limitações impostas pela função social da propriedade supõe limitações ao direito de propriedade e, por vezes, o nascimento de obrigações para o titular, como consequência das finalidades atribuídas aos bens. Porém tais limitações são também limitadas pelo conteúdo essencial da propriedade. Em síntese: entende-se que a estrutura da propriedade é constante e imutável e que existe um mínimo comum para que se possa falar em propriedade, composto pelo poder de disposição e pela utilidade privada. A partir deste mínimo, podem existir limitações diferenciadas (e só nesta medida se poderia falar em funções sociais

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

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

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

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

⁸³¹ DE LOS MOZOS, Jose Luis. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradicion juridica*. Madrid: Edersa, 1993. p. 215. “El hablar en estos casos de “propiedades” es abusar de las palabras, ya que lo más a que se podrá llegar es a hablar de “fincas funcionales”, singularizadas por su destino agrario o urbano. Lo que para nada incide en la naturaleza del derecho, real o personal, que recaiga sobre la cosa, sino únicamente en las peculiaridades del objeto sobre el que el mismo recae, como hemos afirmado anteriormente”.

diferenciadas), apenas na medida em que correspondem às concepções de propriedade que cada Constituição prevê, que são especificidades do contexto de cada país, que se refletem nos bens objeto da propriedade.

As restrições admissíveis são variáveis, estabelecidas conforme as características ou destino dos bens⁸³², mas sem perder de vista que a tutela da propriedade, em última análise, diz respeito à tutela das pessoas e também da autonomia privada, o que traz como consequência a imposição de limites diante da intervenção do Estado. A viabilidade das limitações e a imposição de “limites aos limites” serão analisadas no próximo item, que versará sobre as restrições de conteúdo ambiental e sua relação com a garantia constitucional da propriedade.

4.3 Restrições à propriedade e papel do Estado: uma ecoditadura?

Como visto, na Europa, a propriedade como direito econômico vem perdendo espaço face à sua consagração como um direito fundamental, e assim a função social acaba por ser classificada como um limite externo a este. Observou-se ainda que a citada construção teórica é aplicável no Brasil, ao mesmo tempo, também, foi exposta a dimensão do bem jurídico ambiental e a proteção ao meio ambiente, previstas nas Cartas constitucionais de todos países até então estudados.

A partir dessas considerações, verificar-se-á como a função apontada se relaciona com o direito ao meio ambiente saudável e se é possível afirmar a existência de uma função socioambiental autônoma na Constituição brasileira. Como anteriormente salientado, parte-se da premissa de que a função social é um critério de política legislativa e se relaciona com o destino dos bens, tratando-se de uma categoria relacional entre conceitos como a propriedade (e a liberdade de iniciativa privada) e os interesses de terceiros (e a iniciativa reguladora do Estado)⁸³³. A noção tem especial relevância em se tratando de conflitos entre a propriedade e o meio ambiente.

⁸³² Cf. GAMBARO, Antonio. *Note introduttive*. XXV Conferenza Internazionale dell'Osservatorio "Giordano Dell'Amore" sui rapporti tra diritto ed economia: Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI. Milano: Fondazione Cariplo, 2012. p. 8.

⁸³³ DE LOS MOZOS, Jose Luis. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradicion juridica*. Madrid: Edersa, 1993. p. 129.

A função social da propriedade ambiental direciona as políticas públicas que devem adequar o exercício desse direito a novas funcionalidades (interesses extraproprietários), dentre elas a proteção ao meio ambiente. O direito comum a todos à higidez do meio ambiente passa a estabelecer condicionamentos ao exercício da titularidade proprietária e determina a intervenção do Estado na propriedade para regular tais interesses.

A equação estabelecida entre o valor *meio ambiente* e o valor *propriedade* influencia as políticas públicas e determina os modos de utilização dos bens de produção e consumo, já que as necessidades humanas são ilimitadas e os recursos limitados. A incorporação do meio ambiente entre os bens constitucionais, juntamente com a previsão da propriedade como um direito fundamental, traz uma inevitável tensão entre o direito ao meio ambiente saudável e a propriedade privada, que, por vezes, podem se contrapor. A proteção ao meio ambiente como um dos princípios reitores da atividade econômica, juntamente com a livre iniciativa e o valor da propriedade privada, que deve ter uma função social, traz valores aparentemente contraditórios e lógicas razões diversas: enquanto a liberdade de iniciativa implica quase sempre na exploração dos recursos naturais, a proteção ambiental exige a sua preservação.

Surgem dois valores constitucionais a serem protegidos: o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente equilibrado, vetores que possuem bases filosóficas e matrizes ideológicas diversas⁸³⁴. O reconhecimento da propriedade privada como direito subjetivo remonta ao liberalismo e às origens do constitucionalismo, que tem como objetivos garantir liberdade individual e limitar o poder do Estado; já a proteção ao meio ambiente remonta ao ecologismo e à tradição de um constitucionalismo social. Ambas as tendências foram incorporadas pelas Constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial, o mesmo tendo ocorrido no Brasil⁸³⁵.

Como o texto constitucional deve ser interpretado de modo harmônico, deve-se privilegiar uma interpretação em que não pode existir contradição no texto constitucional, tornando-se obrigatória a conciliação destes bens jurídicos, reconhecidamente previstos pelo ordenamento jurídico por razões diversas. Outrossim, impõe-se a busca do equilíbrio que permita uma convivência harmônica e não gere o aniquilamento de nenhum dos direitos

⁸³⁴ Cf. VITORIA, Ignacio García. *Prohibiciones ambientales y libertad de empresa*. Tesina dirigida por D. Javier García Roca, catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid. Facultad de Derecho. p. 19. Disponível em: <<http://eprints.ucm.es/11356/1/Tesinacompleta.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

⁸³⁵Cf. VITORIA, loc. cit.

especialmente tutelados. Propriedade privada e ambiente devem ser compatibilizados em prol de uma “teleologia político-ambiental”⁸³⁶.

Como muito bem salienta Letizia Casertano⁸³⁷ em obra sobre a propriedade e o ambiente, a relação propriedade-ambiente pode sugerir a ideia de matrimônio ou a de divórcio, de acordo com a perspectiva pela qual se analisa o problema ou o discurso. A degradação do meio ambiente acaba por impor medidas restritivas da liberdade de iniciativa e da propriedade privada, frequentemente ligadas; por isso é importante refletir sobre as consequências da proteção ambiental na propriedade privada e verificar a extensão das intervenções para estas não desnaturarem o conteúdo mínimo da propriedade.

A tutela do ambiente traz novos limites à propriedade, impostos para salvaguardar outra ordem de interesses; todavia não se deve descurar conteúdo mínimo dos direitos fundamentais que são constitucionalmente garantidos. Aqui se faz sentir a importância prática dos limites ambientais à propriedade. A questão remete ao estudo dos limites à propriedade, problemática que se coloca tanto entre os particulares como entre estes e o Estado, o que vem sendo feito tanto pelo Direito Privado como pelas as normas de Direito Público.

No primeiro caso, cite-se o exemplo do direito de vizinhança, que trata da regulação de dois direitos colidentes, dotados de máxima força (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Deve-se também levar em consideração que garantir a propriedade é assegurar a liberdade individual correspondente a uma redução na liberdade dos demais não proprietários; por isso a definição e os limites da propriedade privada têm assento constitucional, por se tratar de um direito clássico ou uma liberdade fundamental.

Na segunda hipótese, estão em jogo os limites da propriedade privada nas relações entre Estado e o particular (eficácia vertical). As limitações à propriedade que decorrem do Direito Público cada vez mais vêm exercendo influência sobre o Direito Privado, em especial no que toca às normas reguladoras e protetivas do meio ambiente, que repercutem no direito de propriedade. A função social liga-se justamente à problemática da extensão dos limites impostos pelo Estado à propriedade, em função do interesse social e à conexão entre propriedade, liberdade e sua proteção no domínio dos direitos fundamentais.

Para verificar a admissibilidade ou não das restrições, a teoria dos limites dos direitos fundamentais é útil para avaliar as diversas modalidades de intervenção do Estado na

⁸³⁶ FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao Ambiente e propriedade privada: (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das “leis-reserva” portadoras de vínculos ambientais)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 9.

⁸³⁷ Cf. CASERTANO, Letizia. *Proprietà e ambiente: la soluzione italiana a confronto con le nuove esigenze di tutela*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 6.

propriedade privada, tanto quanto ela se coloca entre os particulares como na dimensão horizontal - uma vez que os limites que podem advir do Direito Privado ou Direito Público - e verificar como se articulam a proteção do meio ambiente e o direito de propriedade sob a perspectiva da Constituição Federal⁸³⁸.

A análise é importante para verificar se realmente há um conflito de direitos fundamentais na Constituição brasileira. O rol dos direitos fundamentais previsto no artigo 5º prevê expressamente o direito de propriedade, bem como a sua função social. Todavia o direito a um meio ambiente equilibrado não está no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º, e sim no artigo 225 da Constituição, que determina que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”⁸³⁹.

Surge então a indagação sobre a conveniência de se atribuir a mesma eficácia jurídica a ambos os dispositivos. Aponta-se que o direito ao meio ambiente equilibrado é um direito de terceira geração, categoria ainda em fase de definição, tratando-se de conceito excessivamente vago, o que dificulta sobremaneira a definição do conteúdo do “direito de viver num ambiente não poluído”, reivindicado pelos movimentos ecológicos⁸⁴⁰. Já a propriedade, entendida como o direito mais amplo possível que pode existir sobre uma coisa, assume o caráter pleno e exclusivo do direito de propriedade, de modo que as limitações impostas devem ser plenamente justificadas e não podem descaracterizar o seu conteúdo mínimo de garantia constitucional e direito fundamental.

Cabe ressaltar que a Constituição dispôs os significados das propriedades urbana e rural, trazendo-os também de um conteúdo constitucional previamente delimitado, restando ao legislador apenas a sua delimitação ou concretização. Importante notar que a dimensão ambiental está presente como um dos requisitos verificadores do cumprimento da função social, conforme dispõe o artigo 186. E o Estatuto da Cidade impõe padrões urbanísticos nos quais a dimensão ambiental também é levada em consideração.

⁸³⁸Mukai aduz que o tema é “o mais polêmico, o mais delicado, o mais complexo que existe nesta discussão do direito ambiental brasileiro e até do direito comparado”. MUKAI, Toshio. A proteção do meio ambiente e o direito de propriedade sob a perspectiva da Constituição Federal. Palestra proferida no *II Seminário de Direito Ambiental Imobiliário*, organizado pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/ambiental3/paine11.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

⁸³⁹Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁸⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus /Elsevier, 1992. p. 5.

Por seu turno, a vagueza da expressão “direito ao meio ambiente equilibrado” não permite o estabelecimento de um conteúdo constitucional previamente garantido, dado que tal direito é dotado de conformação legal, o que não ocorre com a propriedade. Cabe ainda ressaltar que um outro significado para a locução “bem de uso comum do povo” não se refere a uma propriedade coletiva. Trata-se de questão relativa à gestão do bem ambiental.

A falta de densidade semântica do citado direito levanta dúvidas sobre a sua natureza jurídica e o seu conteúdo; porém a grande maioria da doutrina entende que tal direito tem o caráter de um direito fundamental de terceira geração. Contudo, além da previsão de uma dimensão subjetiva, que atribui um direito de caráter difuso à coletividade, a dicção do artigo contém uma igualmente forte dimensão objetiva, de modo que, logo após o anúncio do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o texto impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Em sequência, o §1º, do art. 225, da Constituição Federal enumera uma gama de atribuições, bastante variadas, que competem ao Poder Público, para assegurar a efetividade desse direito, dentre elas, deveres de preservação, fiscalização e controle, além da definição de áreas ambientalmente protegidas⁸⁴¹. De uma forma geral, há a imposição de um dever de proteção do meio ambiente por parte do Estado, que deve tomar as medidas adequadas a promover a tutela do bem jurídico em questão, atribui responsabilidade ao Estado pela tutela do meio ambiente.

Sobre o direito ao meio ambiente gerar uma propriedade ambiental, ou um bem jurídico ambiental, tutelável nos moldes da propriedade, defende-se que a questão não se refere à titularidade dos recursos naturais, mas à gestão dos mesmos. A noção de bem ambiental como bem jurídico deve ser reconhecida nos moldes do Direito Penal, que prevê

⁸⁴¹§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

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

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

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

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

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

como bem jurídico-penal um conjunto de valores reconhecidos e tutelados pelo ordenamento jurídico, tão valiosos que a sua afronta pode gerar a imposição de penas, variáveis conforme o grau da ofensa ao bem em questão.

Na presente investigação, o bem ambiental não é considerado como uma propriedade coletiva ou um bem a ser tutelado nos termos da propriedade, não atribui qualquer propriedade à coletividade, mas impõe ao Estado um dever de proteção, o que conseqüentemente lhe traz uma certa prevalência na gestão do bem ambiental, entendido conforme exposto; todavia tal gestão pode ser atribuída aos particulares ou permanecer nas mãos do Estado. Para ilustrar a questão e verificar como os termos relativos ao Direito Ambiental não possuem o mesmo significado para o Direito Civil, veja-se o exemplo da dominialidade das águas, um dos elementos naturais do meio ambiente.

Traçando-se um paralelo com a explicação de Toshio Mukai⁸⁴² sobre a peculiaridade da expressão “*dominialidade das águas*”. Considerando-se que o meio ambiente, classificado como direito difuso, pertencente a uma coletividade indeterminada, transcende a classificação tradicional de Direito Privado e Direito Público, tem-se que o conceito de dominialidade das águas não pode ser visto sob o ângulo do Direito Privado e, portanto, não deve ser entendido como apropriação do bem, mas como gerenciamento.

O mesmo vale para o meio ambiente, que não seria uma propriedade coletiva, apenas seria passível de uma gestão ou controle público, ou privado, a depender das escolhas feitas. Deste modo, a questão do bem ambiental não se coloca na perspectiva da propriedade, apesar de, em alguns momentos, a sua tutela tangenciar a propriedade alheia, nela interferindo e repercutindo. Rompe-se com a concepção do bem ambiental como *res nullius ou communis* mediante a sua associação a um interesse jurídico tutelável e digno de proteção jurídica: o meio ambiente, alçado à categoria de bem jurídico autônomo, submete-se a uma “ordem pública ambiental constitucionalizada”.

Atribuir valor ao bem ambiental por si mesmo significa que a proteção ao meio ambiente independe da identificação do proprietário do bem material em questão, pouco importando a análise da titularidade, se pública ou privada. A questão é relevante porque envolve uma reflexão sobre as espécies de política ambiental que podem ser desenvolvidas: ou opta-se por uma retração do Estado, com a abertura para a regulação através de

⁸⁴²Cf. MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2002. Apud SOUZA, Marcia Maria dos Santos. *A dominialidade das águas e a questão das fontes situadas em propriedade privada*. Disponível em: <<http://www.leieordem.com.br/a-dominialidade-das-aguas-e-a-questao-das-fontes-situadas-em-propriedade-privada.html>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

mecanismos de tutela que correspondem aos instrumentos de uma economia de mercado ou privilegia-se uma tutela ecológica planificada, promovida pelo Estado.

A análise das restrições à propriedade adquire especial importância nesta última perspectiva, que é a temática central da presente investigação sobre a função socioambiental da propriedade, sem descuidar que existem questões interessantes que decorrem da “societarização” (contrária à “estatização”) da tutela ambiental⁸⁴³, que não serão esgotadas nem enfrentadas diretamente na presente tese; como, por exemplo, o novo papel que o direito de propriedade é chamado a ocupar na tutela do meio ambiente mediante a atribuição de “property rights” a bens que tradicionalmente não são considerados como suscetíveis de avaliação econômica e por isso não dotados de valor patrimonial⁸⁴⁴.

A título de esclarecimento, cabe ressaltar que, historicamente, quando do surgimento da tutela ambiental, os problemas diziam respeito essencialmente à tutela da propriedade, eram necessariamente proprietários. Posteriormente, a tutela se desloca de propriedade e vai para o ambiente enquanto bem jurídico autônomo. Porém a globalização da economia e a conseqüente aproximação dos povos fazem surgir novas necessidades e acabam por impor pauta de valores globais a serem compartilhados, a fim de permitir o intercâmbio efetivo entre os diversos países e cultura. Com a supressão do recurso ao direito natural, é necessário encontrar um fundamento único de tutela e, neste particular, a problemática ambiental, por sua vocação global, desponta como uma questão universal e um meio de promover a unificação de valores e das tutelas jurídicas.

O Direito Ambiental surge como fundamento unificador da tutela, em substituição ao direito natural centrado no homem e na sua razão, expulsando também um direito natural de

⁸⁴³ Os termos são usados por Michael Kloepfer para ressaltar os modelos de tutela proprietária que tendem para soluções mais ou menos publicistas. Cf KLOEPFER, Michael. *A caminho de um Estado Ambiental?* Tradução de Carlos Alberto Molinaro. p. 5. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiztJrvj8bOAhXEGpAKHWdAD8gQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Ffiles.camolinaro.net%2F200000077-93d7a94561%2FA%2520Caminho%2520do%2520Estado%2520Ambiental.pdf&usg=AFQjCNEVzFv_IQPjzqr8Bk1K-6_ffilJBg&bvm=bv.129759880,d.Y2I>. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁸⁴³ LOS MOZOS, Jose Luis. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradicion juridica*. Madrid: Edersa, 1993. p. 116.

⁸⁴³ KLOEPFER, op. cit. p. 3. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiztJrvj8bOAhXEGpAKHWdAD8gQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Ffiles.camolinaro.net%2F200000077-93d7a94561%2FA%2520Caminho%2520do%2520Estado%2520Ambiental.pdf&usg=AFQjCNEVzFv_IQPjzqr8Bk1K-6_ffilJBg&bvm=bv.129759880,d.Y2I>. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁸⁴⁴ Sobre o tema, consultar: CASERTANO, Letizia. *Proprietà e ambiente: la soluzione italiana a confronto con le nuove esigenze di tutela*. Milano: Giuffrè, 2008. A autora defende que a questão do meio ambiente é essencialmente um problema de gestão do bem objeto de tutela, que pode ser eficazmente gerenciado através da atribuição de direitos de propriedade a bens tradicionalmente considerados como inapropriáveis. Os recursos naturais devem ser entendidos como bens finitos ou exauríveis, ou economicamente escassos, pois as atividades realizadas superam o limite de regeneração.

base divina ou mesmo o padrão romano, de base objetiva. A divinização da natureza ou da Gaia, a mãe terra, que passa a ocupar o papel do “Deus- cristão” ou a estrutura “metafísica”, dentro do ecologismo, tem início pelos documentos internacionais e se espalha para as Constituições nacionais, dando origem ao Estado Ambiental. As normas ambientais permitem uma influência grande dos Estados no regime de propriedade, que inicialmente vai se publicizando até se tornar uma questão comum, mundial, em que o bem de alguém pode sofrer restrições por conta do ambiente, agora considerado como um bem jurídico digno de tutela autônoma.

Com isso, o Estado agiganta-se e começa a ocupar o papel que compete aos particulares, podendo redundar no que Michael Kloepfer denomina de ecoditadura, decorrente de uma interpretação errônea da expressão “Estado Ambiental”, uma forma de Estado, que faz da defesa da incolumidade do seu meio ambiente a sua tarefa, “bem como o critério e a meta procedimental das suas decisões”⁸⁴⁵. A ideia já fora antevista por Gustav Radbruch, que advertia que a intervenção do Estado na autonomia privada é um dos pressupostos mais claros para a construção de um Estado totalitário⁸⁴⁶.

Trata-se de questão relacionada ao Direito Constitucional, que propõe também um redimensionamento dos clássicos elementos do Estado, de modo que, além do povo e da soberania e do território, defende-se a inserção do meio ambiente enquanto elemento, a partir de uma ampliação do conceito de território. A noção passa a englobar o meio ambiente, pois o Estado teria também necessidade de um meio ambiente saudável no seu território e no seu entorno para garantir a sua subsistência⁸⁴⁷.

Miguel Nogueira de Brito demonstra a conexão entre a garantia constitucional da propriedade e o meio ambiente no contexto de Estado ambiental, ressaltando a necessidade de compatibilizá-lo com as outras dimensões da garantia da propriedade privada⁸⁴⁸. Aponta ainda que o reconhecimento da garantia constitucional da propriedade e do seu conteúdo mínimo

⁸⁴⁵KLOEPFER, Michael. *A caminho de um Estado Ambiental?* Tradução de Carlos Alberto Molinaro. p. 5. Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiztJrvj8bOAhXEGpAKHWdAD8gQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Ffiles.camolinaro.net%2F200000077-93d7a94561%2FA%2520Caminho%2520do%2520Estado%2520Ambiental.pdf&usg=AFQjCNEVzFv_IQPjzqr8Bk1K-6_ffilJBg&bvm=bv.129759880,d.Y2I>. Acesso: 16 ago. 2016.

⁸⁴⁶ Cf. LOS MOZOS, Jose Luis. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradicion juridica*. Madrid: Edersa, 1993. p. 116.

⁸⁴⁷ KLOEPFER, op. cit. p. 3. Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiztJrvj8bOAhXEGpAKHWdAD8gQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Ffiles.camolinaro.net%2F200000077-93d7a94561%2FA%2520Caminho%2520do%2520Estado%2520Ambiental.pdf&usg=AFQjCNEVzFv_IQPjzqr8Bk1K-6_ffilJBg&bvm=bv.129759880,d.Y2I>. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁸⁴⁸ BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 647.

tem origem na tradição inaugurada pela Lei Fundamental Alemã de 1949, comprometida com a intangibilidade da dignidade da pessoa humana e com o reconhecimento dos seus direitos inalienáveis e invioláveis, o que repercute decisivamente no constitucionalismo europeu, que passa a delinear constitucionalismo social, incorporando alguns valores sociais decorrentes do pós-guerra⁸⁴⁹.

Com a integração da proteção ambiental nas tarefas a serem desempenhadas pelos Estados, como forma de fazer frente à “crise ecológica mundial”, não raro tem-se defendido o despontar de um novo modelo de Estado, o denominado Estado Ambiental. Michael Kloepfer, em texto sobre a transformação do sistema político e econômico da Alemanha através da proteção ambiental, especialmente da perspectiva jurídica, questiona o surgimento e a mutação do Estado num Estado Ambiental, além de refletir sobre as consequências da implementação deste modelo e de sua exacerbação.

Paulatinamente, tem-se aduzido que a inserção da dimensão ambiental dentro dos valores a serem salvaguardados pelo Estado teria dado origem a um Estado de Direito socioambiental, surgido para fazer frente à problemática socioambiental que se coloca numa sociedade de riscos, que seria uma nova etapa do constitucionalismo contemporâneo, segundo parte da doutrina portuguesa⁸⁵⁰ e também brasileira⁸⁵¹. Para alguns doutrinadores, o surgimento do Estado Socioambiental seria o arcabouço teórico necessário a embasar a necessidade de conjugação da tutela da propriedade não apenas pela previsão de uma função social, mas também pelo reconhecimento de uma dimensão ambiental na apropriação⁸⁵², o que teria dado origem a uma função socioambiental autônoma para a propriedade privada⁸⁵³, questão a ser examinada no próximo item.

⁸⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Lei fundamental da Alemanha nos seus 60 anos e o Direito Constitucional Brasileiro: algumas aproximações. *Direitos Fundamentais e Justiça*. n. 7, abr.-jun. 2009. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/7_Artigo_4.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁸⁵⁰ Por todos: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Acesso à justiça em matéria de ambiente e de consumo: privatismo, associacionismo e publicismo no Direito do Ambiente ou o rio da minha terra e as incertezas do direito público*. In: *Siddamb*, 1996. Disponível em: <<http://www.diramb.gov.pt>>. Acesso em: 15 jul. 2016: CANOTILHO, Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁸⁵¹ WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher. *O Estado de Direito SocioAmbiental: ponderações acerca da judicialização das políticas públicas ambientais e da atuação do Poder Judiciário*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_estado_de_direito_socioambiental_e_a_governaca_ambient_al_ponderacoes_acerca_da_judicializacao_das_politicas_publicas_ambientais_e_da_atuacao_do_poder_judiciari_o.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁸⁵² DERANI, Cristiane. Tutela jurídica da apropriação do meio ambiente e as três dimensões da propriedade. *Revista de Direito Ambiental da Amazônia*. Amazonas: Cultura Edições Governo do Estado. p. 61-84

⁸⁵³ “Havendo, de fato, tanta carência de trato adequado da função social da propriedade na nossa prática jurídica atual, não é de surpreender o desconhecimento da função sócio-ambiental [sic] da propriedade, tardio desdobramento – legislativo, doutrinário, jurisprudencial – daquela. Não devia ser assim, contudo: poucas Constituições unem tão umbilicalmente função social e meio-ambiente [sic] como a brasileira”. (BENJAMIN,

Antes de prosseguir nas ideias expostas por Michael Kloepper, é importante notar que as reflexões promovidas pelo autor, pertinentes para a República Federal da Alemanha, podem ser aplicadas no Brasil, ainda que se refiram a um sistema constitucional diverso. Primeiramente porque a dimensão ambiental tornou-se uma preocupação global que exorbita a regulação local promovida pelos países, afirmação que pode ser facilmente demonstrada pela profusão de conferências internacionais e tratados sobre o tema, que ganha relevância nos mais diversos contextos constitucionais, ainda que advindos de tradições jurídicas diversas⁸⁵⁴.

Adicione-se a este primeiro argumento o fato de que o sistema constitucional inaugurado pela Alemanha é dos mais influentes em termos de direito comparado, apenas rivalizando em importância com a Constituição dos Estados Unidos da América, além da constatação de que a jurisprudência constitucional brasileira tem incorporado muitas das inovações da jurisprudência constitucional alemã, dentre elas algumas temáticas já mencionadas no bojo da presente investigação, como a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a defesa de um seu conteúdo constitucional mínimo, além da noção de deveres de proteção estatais e da correlata proibição de proteção insuficiente⁸⁵⁵.

Por fim, justifica-se o recurso ao citado doutrinador ante as particularidades da presente tese, que parte da distinção entre conceito e concepção de propriedade, questão também abordada pelo autor ao analisar a temática dos diversos modelos de Estado, em particular do suposto Estado Ambiental. Kloepper defende que a configuração concreta de cada modelo político, econômico ou ecológico se manifesta na concepção de Estado adotada e conseqüentemente nos instrumentos jurídicos por ele utilizados. O presente raciocínio é de grande utilidade para reforçar o argumento relativo ao conceito e à concepção de propriedade, proposta central desta pesquisa, que vem sendo paulatinamente desenvolvida desde o primeiro item deste estudo.

O jurista alemão⁸⁵⁶ defende que a expressão “Estado Ambiental” não é unívoca e que também não está isenta de interpretações ideológicas, o que pode evocar desde uma

Antonio Herman de V e. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 4, p. 151-152, out./dez. 1996.).

⁸⁵⁴ Remete-se o leitor aos itens 1.1 e 1.2 do presente trabalho, nos quais a questão foi examinada de forma mais detida.

⁸⁵⁵ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. A Lei fundamental da Alemanha nos seus 60 anos e o Direito Constitucional Brasileiro: algumas aproximações. *Direitos Fundamentais e Justiça*. n. 7, p. 94, abr.-jun. 2009. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/7_Artigo_4.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁸⁵⁶ KLOEPFER, Michael. *A caminho de um Estado Ambiental?* Tradução de Carlos Alberto Molinaro. p. 6-7. Disponível em:

<<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiztJrvj8bOAhXEGpAKHWdAD8gQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Ffiles.camolinaro.net%2F200000077->

associação com o conceito do Estado Social, configurador do meio ambiente, com configuração positiva até a vinculação ao conceito de Estado Policial de cunho negativo, um Estado em que as liberdades individuais são eliminadas em prol de medidas excessivas de proteção ao meio ambiente. A partir destas considerações, faz uma projeção das possíveis formas de um Estado ecologicamente orientado, bem como das respostas jurídicas que podem se delinear para a crise ambiental em momento futuro. Prossegue apontando dois tipos de possíveis soluções, as globais e as estatais individuais, que seriam apenas possibilidades teóricas e não um prognóstico definitivo para a questão ambiental⁸⁵⁷.

Dentre as soluções globais, inserem-se: i) o governo mundial (hipótese pouco factível); ii) a construção de um modelo ambiental global e harmônico. As soluções estatais individuais dividem-se em: i) “societarização” da proteção do meio ambiente; ii) o Estado ambiental cooperativo; iii) os modelos de Estado totalitários; iv) a perda furtiva de liberdade.

Quanto à primeira categoria de soluções, defende que o governo global parece pouco provável e muito menos desejável no contexto mundial por aniquilar as diversas manifestações de organização do poder político. Por seu turno, as soluções harmônicas parecem ser mais viáveis no contexto da União Europeia e da sua política comum; porém resta ainda a questão da delimitação da competência normativa dos Estados, problemática ainda não plenamente definida no âmbito da UE.

No que tange à segunda ordem de soluções, concernente aos mecanismos estatais individuais, destaca-se a “societarização do ambiente”, qual seja a possibilidade de uma maior participação da sociedade nos instrumentos de proteção do ambiente, em especial aqueles pautados na lógica da economia de mercado e na desregulamentação, hipóteses que não serão aprofundadas porque não concernem ao ponto principal da presente investigação, apesar de tangenciarem o tema proposto.

Outra solução possível é o modelo Estado Ambiental cooperativo, que propõe a cooperação entre Estado e sociedade na construção de políticas públicas ambientais que correspondam aos anseios sociais, proposta que apenas seria viável quando a cooperação decorre da vontade dos envolvidos e não da imposição do Estado ou dos movimentos sociais. Sob a perspectiva da filosofia da natureza, que tem como ponto de partida o pressuposto

93d7a94561%2FA%2520Caminho%2520do%2520Estado%2520Ambiental.pdf&usg=AFQjCNEVzFv_IQPjzqr8Bk1K-6_ffilJBg&bvm=bv.129759880,d.Y2I>. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁸⁵⁷ KLOEPFER, Michael. KLOEPFER, Michael. *A caminho de um Estado Ambiental?* Tradução de Carlos Alberto Molinaro. p. 28-32. Disponível em:

<

ecocêntrico, considera ainda que tal cooperação refere-se à cooperação entre o homem e a natureza, que resultaria numa espécie de comunhão entre ambos. Todavia tal proposta esbarraria no pressuposto antropocêntrico da Constituição⁸⁵⁸.

Por fim, fala-se do surgimento de um Estado ambiental total e numa perda “sorradeira” de liberdade. O primeiro modelo corresponde a uma ecoditadura, na qual as liberdades individuais são excessivamente restringidas (ou drasticamente eliminadas) em prol do vetor ambiental. Nesta hipótese autoritária, defende-se que o freio ao adensamento populacional e as consequências de um desenvolvimento econômico excessivo devem ser freados por um Estado forte e centralizador, que pode se revestir de um *ecofascismo*, no qual o Estado mantém as relações de propriedade até então vigentes, ou de um *ecossocialismo*, onde os particulares perdem o poder de dispor de bens que são ambientalmente importantes, independentemente de sua titularidade e da propriedade privada⁸⁵⁹. O grande problema da ecoditadura é o aniquilamento da liberdade individual em prol de um valor ambiental tão expandido que acaba por sobrepujar a liberdade individual de modo absoluto.

No segundo caso, o da “perda furtiva da liberdade” aumentam-se as restrições à liberdade individual de modo progressivo e sob o pálio de um regime democrático, de modo a enfraquecer paulatinamente a autonomia privada e as liberdades individuais em prol do Estado Ambiental. Para Kloepfer, trata-se de uma hipótese muito mais perigosa e realista do que a ecoditadura, e um primeiro passo para que esta venha a ser implementada no futuro. Apesar desta consideração, parece-nos que a hipótese de uma ecoditadura não se apresenta tão remota quanto a considera o citado professor.

Como exemplo, cite-se uma nova proposta de autoritarismo ambiental que não se coloca nas relações entre o Estado e os seus súditos, mas no âmbito das relações internacionais públicas, isto é, na relação entre Estados soberanos e os organismos internacionais. Mark Besson, em texto intitulado “*The coming of environmental authoritarianism*”⁸⁶⁰, defende a necessidade de aproximação de um autoritarismo ambiental, no plano internacional, em relação à China e a países do sudeste asiático que promovem um

⁸⁵⁸ KLOEPFER, Michael. KLOEPFER, Michael. *A caminho de um Estado Ambiental?* Tradução de Carlos Alberto Molinaro. p. 37. Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiztJrvj8bOAhXEGpAKHWdAD8gQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Ffiles.camolinaro.net%2F200000077-93d7a94561%2FA%2520Caminho%2520do%2520Estado%2520Ambiental.pdf&usq=AFQjCNEVzFv_IQPjzqr8Bk1K-6_ffilJBg&bvm=bv.129759880,d.Y2I>. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁸⁵⁹ Ibidem. p. 31.

⁸⁶⁰ BEESON, MARK. The coming of environmental authoritarianism. In: *Environmental Politics*, 19, (2), 2010, p. 18. Disponível em: <http://apo.org.au/files/Resource/beeson_coming_of_environment_authoritarianism.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2016.

desenvolvimento econômico desordenado, em flagrante desrespeito ao meio ambiente, de modo a forçar tais países a promoverem medidas de proteção ambiental para implementar um crescimento econômico moderado ou sustentável. Em tal caso, estar-se-ia diante de “um autoritarismo bom”, justificável por estar destinado a promover o desenvolvimento sustentável e a preservação do planeta e a sobrevivência da humanidade.

O jurista, pesquisador da University of Western (Austrália), reconhece que mencionar tais ideias parece inaceitável por países que privilegiam a tradição liberal e individualista, que muitos consideram incompatível com o desenvolvimento sustentável, como nos EUA e aponta que este mesmo país foi o que causou maiores contribuições para o aquecimento global e as mudanças climáticas. Contrariamente, na China, o governo autoritário teria feito muito mais pelo meio ambiente que os EUA; pois, proporcionalmente, a população chinesa gera muito menos impacto ambiental do que a americana com o seu estilo de vida, o “*american way of life*”, que seria insustentável no plano global.

Do mesmo modo, em resenha intitulada “*Ecological Authoritarianism and a New Perspective on Ecological Governance*”, publicada numa revista chinesa, o autor contrapõe o modelo liberal-democrático de proteção ambiental ao modelo autoritário chinês e procura demonstrar as vantagens do segundo, ressaltando ainda o sucesso por ele promovido na proteção ambiental na China. O autoritarismo ecológico é proposto de modo claro como estratégia para a governança ambiental e como solução para a promoção da responsabilidade ecológica.

Carlos Alberto Molinaro⁸⁶¹, tradutor do citado texto de *Michael Kloepfer* sobre a ecoditadura, em resenha sobre a possibilidade de atribuição de direitos aos animais, aduz que os estudiosos da história do nacional-socialismo afirmam que os ideais de preservação da natureza e de uma especial proteção dos animais, característicos do regime nacional-socialista, faziam parte de uma estratégia política para ocultar os verdadeiros objetivos do regime e despertar nos alemães uma identificação com os ideais do III Reich⁸⁶².

Tais ideais estão ligados a um romantismo baseado na recuperação do espírito do povo germânico, que teria como elementos originários a terra (solo) e o sangue, unidos organicamente. Promove-se o rompimento com o humanismo iluminista, mediante a assunção

⁸⁶¹ MOLINARO, Carlos Alberto. *Têm os animais direitos?* Disponível em: <files.camolinaro.net/200000057-d2777d3710/Têm%20os%20animais%20direitos.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2016.

⁸⁶² Por todos, FERRY, Luc. *A nova ordem ecológica*. São Paulo: Difel, 2009. O autor rejeita as concepções ecocêntricas e defende que a ecologia está ligada a ideologias e que atualmente é uma soteriologia, uma doutrina da salvação, sendo equiparada a uma religião, na verdade, considerando-a uma concorrente das grandes religiões.

de uma postura biologista e não antropocêntrica do mundo, associada a um ecologismo favorável aos animais e à natureza de um modo geral, com origens na mitologia germânica.

Não por acaso, o direito nacional-socialista atribui grande relevância ao tema ecológico, tendo sido um período de profusão de leis com a temática ambiental, no qual, pela primeira vez, foi sistematizada, em termos legislativos, a proteção da natureza e dos animais⁸⁶³. Molinaro pontua ainda que, após proceder à leitura das obras de Richard Walther Darré, *Reichsleiter* do Reich para Alimentação e Agricultura, pôde verificar que “muitas das suas perspectivas biologistas, ecocêntricas mesmo, estão na base dos estudos contemporâneos da *deep ecology*, e não muito longe de um possível e futuro regime fundado em uma ecoditadura⁸⁶⁴”.

As possibilidades aventadas, aparentemente pouco realistas e com conotações que podem soar como um certo alarmismo, na realidade não estão tão distantes dos contornos da sociedade atual como podem parecer a uma primeira vista. Por tal motivo, é importante esclarecer que a associação entre autoritarismo e ambientalismo não é nova, tendo ocorrido também no Brasil, que teve sua primeira norma legal de proteção aos animais promulgada durante a Era Vargas, o Decreto-Lei n.º. 24.645, de 10 de julho de 1934⁸⁶⁵.

Ainda que se possam observar algumas semelhanças entre o ecologismo nazista e as correntes da *deep ecology* ou da nova ordem ecológica, seus fundamentos são bastante diversos. Enquanto o ideário nacional-socialista protege os animais e a natureza em geral porque são elementos que compõem o espírito germânico e a identidade cultural de um povo (caracterizando um romantismo europeu), os partidários da ecologia profunda defendem tal proteção porque atribuem um valor próprio à natureza, não como conjunto de valores de um grupo, mas um valor em si mesmo e que deve gozar de proteção jurídica, numa dimensão holística mais próxima do panteísmo oriental.

⁸⁶³ Cf. MOLINARO, Carlos Alberto. *Têm os animais direitos?*. p. 10 Disponível em: <files.camolinaro.net/200000057-d2777d3710/Têm%20os%20animais%20direitos.pdf>. Acesso em: 23 ago.2016.

⁸⁶⁴Cf. MOLINARO, loc. cit.

⁸⁶⁵Art. 1º Todos os animais existentes no País são tutelados do Estado.

Art. 2º Aquele que, em lugar público ou privado, aplicar ou fizer aplicar maus tratos aos animais, incorrerá em multa de 20\$000 a 500\$000 e na pena de prisão celular de 2 a 15 dias, quer o delinquentes (*sic*) seja ou não o respectivo proprietário, sem prejuízo da ação civil que possa caber.

§ 1º A critério da autoridade que verificar a infração da presente lei, será imposta qualquer das penalidades acima estatuídas, ou ambas.

§ 2º A pena a aplicar dependerá da gravidade do delito, a juízo da autoridade.

§ 3º Os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras de animais. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

Por seu turno, a implantação de progressivas restrições às liberdades individuais, realizadas de modo sorrateiro a pretexto da proteção ambiental, deve ser também examinada com atenção porque acaba por se tornar uma ameaça ao Estado Democrático de Direito e aos valores por este consagrados. Considerando também que a CEDH tem condenado os Estados-membros quando ocorre déficit estrutural da disciplina do direito de propriedade, é interessante observar algumas decisões dos Tribunais europeus sobre o tema, sem descurar também que a política ambiental é um dos elementos basilares da edificação de uma política comum europeia⁸⁶⁶. Com tal objetivo, examinar-se-ão alguns julgados elucidativos sobre o tema, nos quais a garantia da propriedade privada foi desconsiderada a pretexto da proteção ambiental.

Na Itália, o conhecido caso do “Ecomostro”, um loteamento construído em *Punta Perroti*, zona costeira situada em Bari, foi levado à apreciação da citada Corte. Trata-se da situação em que o projeto de loteamento foi submetido ao *Consiglio Comunale* de Bari e por este aprovado, com a emissão de licença para construir em 1992. Posteriormente, em 1996, quando grande parte da construção já havia sido realizada, foi instaurado um processo penal contra os construtores por loteamento abusivo, sob alegação da violação da lei *Galasso* (Lei n° 431/1985), que impedia a construção de loteamento em áreas de interesse ambiental, dentre elas as áreas costeiras da Itália.

Inicialmente, os proprietários do terreno foram absolvidos na esfera penal, uma vez que a construção foi realizada após a emissão de uma licença para construir pela Administração Pública, e a decisão foi mantida pela *Corte d’Appello*. Por fim, a *Corte di Cassazione* reformou a decisão e reconheceu a ilegalidade do plano de loteamento e da posterior construção, considerando que os terrenos em questão estavam sujeitos a uma proibição absoluta de construir, por conta das limitações de caráter paisagístico e ambiental impostas pela lei.

Os construtores foram condenados e os bens foram confiscados. Em 2005, a construção foi demolida e o chamado “monstro de cimento” desapareceu, dando lugar a uma área verde, que se tornou um parque público. Concomitantemente, os construtores recorreram à CEDH por violação à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Cinco anos depois, o confisco foi anulado e os terrenos foram restituídos às empresas construtoras, contudo a livre

⁸⁶⁶ Conforme os Artigos 11.º e 191.º a 193.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.4.1.html>. Acesso em: 16 jul. 2016.

disposição destes bens restou prejudicada porque, na sua entrada, foi estabelecido um parque público, utilizado como área de lazer pela população local.

A CEDH, na sentença de 22 de maio de 2012 (Recurso n.126/05- Scoppola x. Italia), entendeu que os construtores incorreram em erro inevitável e escusável, pois o empreendimento foi construído após emissão de licença pelas autoridades competentes⁸⁶⁷. Determina que, ainda que posteriormente os terrenos tenham sido restituídos aos proprietários, estes foram privados de sua posse por longo período, em virtude das arbitrariedades cometidas pelas autoridades italianas; além disso, passaram a incidir sérias restrições ao direito de uso e de construir, pois, na entrada dos terrenos restituídos, atualmente, existe uma vasta áreas verde transformada em parque público.

A privação de propriedade somada às restrições agora incidentes sobre a mesma impõem um dever de indenizar os prejuízos sofridos, o que ocasiona a condenação do governo italiano ao pagamento de indenização no valor de 49 milhões de euros aos construtores, para fins de reparação dos danos causados por violação do artigo 1º., do protocolo 1 da Convenção, em conformidade com a previsão do artigo 41 da Convenção, que determina que, nos casos em que o direito interno não “permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário⁸⁶⁸”.

Outra situação emblemática é a da Quinta do Taipal em Portugal, localizada na comarca de Montemor o Velho, que se tornou um verdadeiro “*leading case*” da doutrina ambientalista portuguesa e é frequentemente citado por manuais e doutrinadores de outros países⁸⁶⁹. O Ministério Público português propôs uma ação ordinária contra os proprietários da

⁸⁶⁷Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 22 maggio 2012 - Ricorso n.126/05- Scoppola c. Italia (N.3). Disponível em:

<[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=1_2\(2012\)&previousPage=mg_1_20&entId=SDU757112](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=1_2(2012)&previousPage=mg_1_20&entId=SDU757112)>. Acesso em: 23 ago. 2016.

⁸⁶⁸Artigo 41º - Reparação razoável

Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário. Disponível em:

<http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2016.

⁸⁶⁹ Por todos, VITORIA, Ignacio García. *Prohibiciones ambientales y libertad de empresa*. Tesina dirigida por D. Javier García Roca, catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid. Facultad de Derecho. p. 12. Disponível em: <<http://eprints.ucm.es/11356/1/Tesinacompleta.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016. No Brasil, o caso é mencionado pelos estudiosos do Direito Ambiental, dentre os quais: MUKAI, Toshio. A proteção do meio ambiente e o direito de propriedade sob a perspectiva da Constituição Federal. Palestra proferida no II *Seminário de Direito Ambiental Imobiliário*, organizado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Op. cit. p. 3-6; FARIAS, Paulo José Leite. O papel do Poder Judiciário de concretização protetiva das normas-princípios ambientais. In: *Constituição e a proteção dos novos direitos: direitos difusos, bioética e direito dos sistemas informatizados*. Brasília: IDP, 2014. Disponível em:

<<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1574/Constituição%20e%20a%20Proteção%20dos%20Novos%20Direitos.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 ago. 2016; DINO, Nicolao; CAZETTA,

área de 50 hectares de terras úmidas - que seriam destinadas ao cultivo de arroz - para impedir o seu enxugamento para cultivo porque na área havia um refúgio de gaivotas e de outras aves aquáticas migratórias, além da existência de outros animais em fase de extinção no continente europeu. Pleiteou-se a total abstenção de cultivo ou a realização de qualquer outra atividade de cunho econômico, com o intuito de garantir a manutenção do *habitat* natural da fauna e a preservação das espécies que dependiam desse ecossistema.

Aduziu-se que o enxugo dos terrenos alteraria as condições ambientais do local, e comprometeria seriamente o equilíbrio ecológico local, por afetar inúmeras espécies raras e protegidas. O juiz da comarca de Montemor o Velho julgou procedente a ação, considerando que, diante do confronto entre um interesse público (a proteção do meio ambiente) e um interesse privado, representado pelo direito de propriedade, deve prevalecer o primeiro deles, o que impõe uma obrigação de não fazer aos proprietários. Outrossim, os mesmos estão proibidos de realizarem o enxugamento do solo⁸⁷⁰ em decorrência de um valor de proteção ambiental que é superior à proteção conferida a um direito individual, que resta limitado.

Em Acórdão datado de 17.05.94, o Tribunal de Relação de Coimbra manteve a sentença, que julgou procedente a ação. Contudo o Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão de 17 de janeiro de 1995, reformou o mencionado Acórdão, salientando que “não podem nem devem ser os tribunais a suprir as deficiências ou incúrias do poder executivo na criação de áreas protegidas em todas as zonas do país em que isso se mostre necessário”⁸⁷¹.

A imposição de restrições ao cultivo pelo Poder Judiciário numa área que não é definida como sendo de proteção legal configuraria uma clara usurpação da competência do Poder Executivo para estabelecer restrições ao direito de propriedade, seja através de reservas legais ou das ditas servidões administrativas. O direito de propriedade deve ser compatibilizado com a proteção ambiental e o com o dever do Estado de preservar os recursos naturais. Por isso apenas a Administração Pública teria a atribuição de criar reservas naturais

Comentário doutrinário. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, a. 27, (238), p. 156, abril/junho 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2015_238.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2016.

⁸⁷⁰ Cf. DINO, Nicolao; CAZETTA, Comentário doutrinário. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, a. 27, (238), p. 156, abril/junho 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2015_238.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2016.

⁸⁷¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes Canotilho. *Protecção do ambiente e direito de propriedade. Crítica de jurisprudência ambiental*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, apud FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 109-112.

ou estabelecer restrições à propriedade decorrentes de vínculos ambientais, casos nos quais deve ocorrer o pagamento de uma indenização compensatória⁸⁷².

Canotilho comenta a decisão do juiz português de primeira instância e traz algumas observações importantes sobre os tipos de restrições à propriedade privada decorrentes do poder de polícia ambiental da Administração Pública⁸⁷³. Aduz que é importante diferenciar a natureza das intervenções, distinguindo as ablativas das expropriativas⁸⁷⁴, pontuando também que é importante saber o momento em que as mesmas são realizadas: se antes ou após o exercício de uma faculdade, isto é, se no caso é suspensa uma faculdade que já vinha sendo exercida ou se o impedimento é anterior ao seu exercício, ou seja, antes do cultivo.

Segundo Ana Prata, são dois os tipos de intervenção do Estado na propriedade privada para fazer cumprir a função social: i) as intervenções sobre a titularidade (expropriativas); ii) intervenções que incidem sobre as faculdades (ablativas)⁸⁷⁵. As intervenções sobre a titularidade apenas podem ser feitas por lei e mediante indenização; nas intervenções ablativas, o proprietário deve suportar a restrição em prol do interesse público, sem direito à indenização.

Por seu turno, José de Oliveira Ascensão propõe a classificação das intervenções em moldes diferenciados, qualificando-as de intervenções limitadoras (ou restritivas) e impulsionadoras⁸⁷⁶. As primeiras têm como objetivo manter o exercício das faculdades inerentes ao direito de propriedade dentro de limites que não sejam prejudiciais à coletividade e ao bem comum. As intervenções promocionais são destinadas a promover comportamentos positivos dos proprietários, para que os mesmos empreguem os bens de modo a otimizar o proveito social que deles se pode obter.

⁸⁷² CANOTILHO, Joaquim José Gomes Canotilho. *Protecção do ambiente e direito de propriedade. Crítica de jurisprudência ambiental*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, apud FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 109-112.

⁸⁷³ Cf. MUKAI, Toshio. A proteção do meio ambiente e o direito de propriedade sob a perspectiva da Constituição Federal. Palestra proferida no *II Seminário de Direito Ambiental Imobiliário*, organizado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/ambiental3/painel1.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

⁸⁷⁴ A distinção portuguesa entre as intervenções ablativas, limitadoras das faculdades proprietárias, ablativas e as expropriativas, como causadoras da perda da propriedade, corresponde à distinção italiana entre “*poteri ablatori*” e “*poteri conformativi*” da Administração Pública, com a diferença que para esta última a palavra ablação equivale à expropriação, enquanto a limitação das faculdades corresponde às intervenções conformativas. Sobre o tema: VESTO, Aurora. *I beni. Dall'appartenenza egoistica alla fruizione solidale*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 275

⁸⁷⁵ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 185.

⁸⁷⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*. Reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 192.

Orlando Gomes ensina que as limitações ao direito de propriedade podem ser classificadas tomando por base três critérios: a fonte, a extensão e o fundamento⁸⁷⁷. Quanto à fonte, as limitações podem ser legais, jurídicas ou voluntárias. As primeiras estão contidas em leis e regulamentos administrativos; as jurídicas decorrem dos princípios gerais do direito e as voluntárias têm origem na vontade do proprietário que, sem abrir mão do direito, impõe ao mesmo limitações. Pelo critério da extensão, as limitações distinguem-se entre as que atingem a totalidade do direito e as que restringem apenas algumas faculdades. Por fim, segundo o critério do fundamento, as limitações agrupam-se entre as promovidas em prol do interesse público, social ou coletivo e aquelas realizadas tendo em vista o interesse privado.

Procedeu-se à enumeração das modalidades de intervenção do Estado na propriedade privada para que, posteriormente, seja analisada a sua legitimidade, sendo certo que se trata de questão fundamental a definição dos tipos de intervenções, seus limites e suas consequências na propriedade privada. No que tange às intervenções expropriativas, exige-se como pressuposto de legitimidade a lei que, ao mesmo tempo, é um fator limitador da expropriação (lei como fundamento e limite), além de pressupor a existência das causas expropriativas de “utilidade pública ou social” que lhe deram origem, além da proporcionalidade da intervenção⁸⁷⁸.

Para as intervenções limitadoras (ou conformativas, para alguns), além da necessidade de concretização legal, é fundamental também que não desconfigurem o conteúdo mínimo do direito de propriedade decorrente da garantia constitucional, sendo ilegítimas as intervenções que, a pretexto de limitarem o exercício do direito de propriedade, venham a esvaziar o seu conteúdo, sendo praticamente equivalentes a uma expropriação sem indenização.

No Direito brasileiro, a desapropriação da propriedade privada tem com pressuposto essencial o pagamento de indenização prévia, justa e em dinheiro, salvo nos casos de desapropriação para reforma agrária, nos quais o pagamento pode ocorrer através de títulos da dívida pública e nos casos de desapropriação – sanção (CF, art. 182, §4º, III)⁸⁷⁹. De outra

⁸⁷⁷ Ibidem, p.114-115.

⁸⁷⁸PEREIRA, Duarte Amorim. Contributo para a compreensão da figura do beneficiário da expropriação. In: *III Congresso de Direito Fiscal*. TEIXEIRA, Glória (Org.). Porto: Vida Económica. p. 104. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=H7IcAwAAQBAJ&pg=PA104&lpg=PA104&dq=ablacao+do+direito+de+propriedade&source=bl&ots=2arc0Tu5_o&sig=G_hkYdFrfsZa7j12Oyd7l-QgN1I&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjCsY7hwNrOAhWCgZAKHbwdAfoQ6AEIHDAA#v=onepage&q=ablacao%20do%20direito%20de%20propriedade&f=false>. Acesso em: 24 ago. 2016.

⁸⁷⁹ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

parte, há a possibilidade de expropriação que, diversamente da primeira, não traz como consequência o direito à indenização porque apenas pode ocorrer diante de uma situação excepcional, na qual a ilicitude das práticas fundamenta o não pagamento de indenização como uma espécie de pena, no caso de cultivo ilegal de plantas psicotrópicas ou na exploração de mão de obra escrava⁸⁸⁰.

Porém o Supremo Tribunal Federal, tomando por base o princípio da adequação e o respeito à garantia constitucional da propriedade, vem entendendo que o preceito não refere às áreas em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas, mas às glebas no seu todo⁸⁸¹; assim, se apenas em uma parte da gleba é encontrado o cultivo ilegal, não haveria fundamento para a desapropriação. No caso em tela, há uma particularidade porque na gleba existem colonos que dão destino produtivo à terra.

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

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

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

III - desapropriação com pagamento mediante **títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal**, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais (grifo nosso). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

⁸⁸⁰Tal é a previsão do artigo 243 da Constituição Federal: “As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.” Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24 ago. 2016.

⁸⁸¹EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EXPROPRIAÇÃO. GLEBAS. CULTURAS ILEGAIS. PLANTAS PSICOTRÓPICAS. ARTIGO 243 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO. LINGUAGEM DO DIREITO. LINGUAGEM JURÍDICA. ARTIGO 5º, LIV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O CHAMADO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. Gleba, no artigo 243 da Constituição do Brasil, só pode ser entendida como a propriedade na qual sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. O preceito não refere áreas em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas, mas as glebas, no seu todo. 2. A gleba expropriada será destinada ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos. 3. A linguagem jurídica corresponde à linguagem natural, de modo que é nesta, linguagem natural, que se há de buscar o significado das palavras e expressões que se compõem naquela. Cada vocábulo nela assume significado no contexto no qual inserido. O sentido de cada palavra há de ser discernido em cada caso. No seu contexto e em face das circunstâncias do caso. Não se pode atribuir à palavra qualquer sentido distinto do que ela tem em estado de dicionário, ainda que não baste a consulta aos dicionários, ignorando-se o contexto no qual ela é usada, para que esse sentido seja em cada caso discernido. A interpretação/aplicação do direito se faz não apenas a partir de elementos colhidos do texto normativo [mundo do dever-ser], mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade [mundo do ser]. 4. O direito, qual ensinou CARLOS MAXIMILIANO, deve ser interpretado "inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis". 5. O entendimento sufragado no acórdão recorrido não pode ser acolhido, conduzindo ao absurdo de expropriar-se 150 m2 de terra rural para nesses mesmos 150 m2 assentar-se colonos, tendo em vista o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos. 6. Não violação do preceito veiculado pelo artigo 5º, LIV da Constituição do Brasil e do chamado "princípio" da proporcionalidade. Ausência de "desvio de poder legislativo" Recurso extraordinário a que se dá provimento (RE 543.974, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 26-3-2009, Plenário, DJE de 29-5-2009).

Quanto às intervenções que implicam uma compressão nas faculdades do direito (poderes jurídicos) de propriedade, a princípio afirma-se que elas não conferem direito subjetivo à indenização, diversamente das intervenções expropriativas. A distinção descrita corresponde à classificação dos poderes da Administração Pública em três tipos: expropriativo (ou ablatório), sancionatório e conformativo⁸⁸². O poder expropriativo distingue-se do limitador/conformativo porque, enquanto o primeiro determina um esvaziamento do conteúdo da propriedade e incide sobre um determinado bem, impondo o pagamento de indenização compensatória, o poder conformativo, diversamente, incide sobre uma categoria de bens considerados homoganeamente; assim, as restrições por ele determinadas não necessitam de compensação porque a compressão efetuada no direito de propriedade não chega a eliminá-lo e não exclui o conteúdo mínimo da propriedade⁸⁸³.

Porém nem sempre é fácil diferenciar os dois tipos de intervenção. Não raro uma intervenção conformativa adquire tons expropriatórios por configurar uma perda da utilidade privada do bem. Diante das intervenções realizadas, a questão central está em definir a sua natureza e suas consequências, verificando se *in concreto* trata-se de uma intervenção meramente limitativa da propriedade, sem consequências indenizatórias para o proprietário; ou, ao contrário, uma intervenção que, a pretexto de ditar uma conformação, promove uma verdadeira ablação do próprio direito, por esvaziar o seu conteúdo econômico, ocasionando uma verdadeira desapropriação indireta, hipótese em que se impõe o pagamento de uma indenização compensatória.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado que a limitação administrativa distingue-se da desapropriação justamente porque, nesta última, há a transferência da propriedade individual para o expropriante, com o pagamento de indenização integral; naquela não há a perda da propriedade, apenas uma restrição no seu exercício, imposta genericamente a todos os proprietários que se encontram na mesma situação jurídica, portanto, não cabe indenização⁸⁸⁴. Contudo se a limitação administrativa atingir a maior parte da propriedade, ou sua totalidade, deixará de ser limitação para ser interdição de uso, o que obriga o poder público a indenizar.

⁸⁸² VESTO, Aurora. *I beni. Dall'appartenenza egoistica alla fruizione solidale*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 275.

⁸⁸³ *Ibidem*. p. 276.

⁸⁸⁴ STJ. AgRg no AGRavo EM RECURSO ESPECIAL No 457.837 - MG. Relator: Ministro Humberto Martins. DJE: 22/04/2014. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=35198027&tipo=91&nreg=201304228000&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140522&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

Note-se que a qualificação jurídica da intervenção é fundamental para definir as suas consequências dos vínculos ambientais. A problemática não é de fácil solução, em especial quando uma intervenção ablativa decorrente da função socioambiental da propriedade adquire um conteúdo expropriativo, em decorrência do esvaziamento econômico do direito de propriedade. Diante das restrições feitas sob o pálio da função socioambiental da propriedade, indaga-se sobre tensão que se instaura quando a dimensão ambiental comprime o direito de propriedade de modo a afrontar a garantia constitucional do seu conteúdo mínimo.

4.4 Função socioambiental da propriedade privada: uma proposta de equilíbrio entre propriedade e ambiente

Por conta da diversidade de valores constitucionalmente prevista, pode ocorrer que a proteção ambiental entre em conflito direto com o direito de propriedade, tratado como direito fundamental e garantia constitucional. Em tal caso, o Estado deve compatibilizar os interesses e assegurar aos cidadãos a máxima liberdade possível e a mínima restrição necessária no exercício do seu direito. No Brasil, tem-se aduzido que a inserção da dimensão ambiental dentro dos valores a serem salvaguardados pelo Estado teria dado origem a um Estado de Direito Socioambiental, surgido para fazer frente à problemática socioambiental que se coloca numa sociedade de riscos, que seria uma nova etapa do constitucionalismo contemporâneo⁸⁸⁵.

Para alguns doutrinadores, o surgimento do Estado Socioambiental seria o arcabouço teórico necessário a embasar a necessidade de conjugação da tutela da propriedade não apenas pela previsão de uma função social, mas também pelo reconhecimento de uma dimensão ambiental na apropriação⁸⁸⁶, o que teria dado origem a uma função socioambiental autônoma para a propriedade privada⁸⁸⁷. Dentro desta lógica, a propriedade e a defesa do meio ambiente

⁸⁸⁵ Cf. BENJAMIN, Antonio Herman. Estado de Direito SocioAmbiental. Prefácio. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental*: São Paulo: RT, 2008; WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher. *O Estado de Direito SocioAmbiental*: ponderações acerca da judicialização das políticas públicas ambientais e da atuação do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_estado_de_direito_socioambiental_e_a_governaca_ambient_al_ponderacoes_acerca_da_judicializacao_das_politicas_publicas_ambientais_e_da_atuacao_do_poder_judiciari_o.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁸⁸⁶ DERANI, Cristiane. Tutela jurídica da apropriação do meio ambiente e as três dimensões da propriedade. *Revista de Direito Ambiental da Amazônia*. Amazonas: Cultura Edições Governo do Estado. p. 61-84

⁸⁸⁷ “Havendo, de fato, tanta carência de trato adequado da função social da propriedade na nossa prática jurídica atual, não é de surpreender o desconhecimento da função sócio-ambiental [sic] da propriedade, tardio desdobramento – legislativo, doutrinário, jurisprudencial – daquela. Não devia ser assim, contudo: poucas

estariam assim tão intimamente conectados que a simples função social da propriedade não expressaria a relevância e as particularidades do bem ambiental, pois a Constituição de 1988 tem um traço “que considera a problemática ambiental parte da social e vice-versa”⁸⁸⁸. Por isso a inserção da função ambiental dentro da estrutura da propriedade imporá o reconhecimento da função socioambiental, diversa e autônoma da função social.

Nesta pesquisa, sustenta-se que conceito de propriedade tem um conteúdo mínimo que permanece estável; todavia, tendo presente que as alterações promovidas na concepção de Estado refletem na concepção de propriedade garantida por este mesmo Estado, pode-se afirmar que existem diversas concepções de propriedade, as quais se encontram vinculadas ao conceito de propriedade e seus elementos mínimos, que garantem a utilidade privada dos bens. A mudança de modelos políticos e econômicos frequentemente se expressa na mudança também das estruturas jurídicas, então é razoável verificar se esse novo modelo de Estado, o Estado Ambiental ou Socio Ambiental, promove alguma alteração radical na propriedade, de modo a fazer surgir uma função socioambiental que exorbita a função social já prevista no texto constitucional.

O conceito de propriedade está essencialmente ligado à noção de conteúdo essencial, cujo objetivo precípuo é salvaguardar a utilidade privada do bem. Logo, as diversas concepções de propriedade estão adstritas ao conceito, pois são dele formas de manifestações, de tal modo que não podem ser tornar com ele incompatíveis. Por isso é importante promover uma verificação da compatibilidade de uma dita concepção com os elementos essenciais que sustentam a estrutura da propriedade e garantem a máxima utilidade privada possível ao proprietário.

Quanto à dimensão ambiental, sustenta-se que a função socioambiental é apenas uma projeção do aspecto social da propriedade, ao qual se associa o componente ambiental ou ecológico. Por outro lado, é sabido que as limitações de cunho ambiental impostas pelo Estado outra coisa não são do que decorrência do seu poder de polícia, é uma das funções do Estado, que, em prol do interesse geral, tem a possibilidade de impor comportamentos ou condutas positivas aos particulares. Orlando Gomes expõe as limitações de Direito Administrativo que incidem sobre o direito de propriedade e aduz que estas se inspiram em

Constituições unem tão umbilicalmente função social e meio-ambiente [sic] como a brasileira”. (BENJAMIN, Antonio Herman de V e. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 4, p. 151-152, out/dez. 1996.).

⁸⁸⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Função ambiental da propriedade. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 3, n. 9, p. 67, jan./mar. 1998.

variada gama de interesses públicos, dentre os quais a saúde pública, a higiene e o urbanismo, formas pelas quais o interesse ambiental também pode se manifestar⁸⁸⁹.

Frise-se ainda que, partindo-se da concepção de função social explicitada no item anterior, ou seja, qualificada como limite externo ao direito de propriedade, a esta também devem ser impostas limites, os chamados “limites dos limites”, procedentes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Isto significa que função socioambiental encontra também limites no conteúdo mínimo de tal direito, de tal modo que as restrições promovidas não podem chegar a aniquilar a utilidade privada do bem.

A fim de confirmar o argumento, restam ainda algumas ponderações. Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que “direito ao meio ambiente”, previsto no artigo 225, não possui um conteúdo constitucionalmente configurado, carecendo de concretização legislativa, diversamente do direito de propriedade. O ambiente goza de uma proteção genérica (não dotada de um conteúdo constitucionalmente definido), e tal proteção pode justificar uma limitação a ser imposta ao direito de propriedade pela lei, porém sua compatibilidade prática deve ser verificada *in concreto* e devidamente justificada de acordo com os ditames constitucionais.

A política de proteção ao meio ambiente deve estar em consonância com a Constituição, que é antropocêntrica e funda-se na dignidade da pessoa humana, a quem deve ser assegurada uma qualidade de vida, que é determinada não apenas por um ambiente saudável, senão também por um sistema político no qual sejam garantidas as liberdades individuais como plena expressão da personalidade⁸⁹⁰. Portanto a proteção da natureza não é um fim em si mesmo, mas sim a proteção das condições favoráveis para o desenvolvimento do homem⁸⁹¹. A tutela ambiental, em última análise, é uma tutela da pessoa humana, que tem o natural impulso de autoconservação e preservação⁸⁹²; de tal modo que políticas exclusivamente ecocentristas, nas quais liberdades fundamentais são desrespeitadas em prol

⁸⁸⁹ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 117.

⁸⁹⁰ Cf KLOEPFER, Michael. *A caminho de um Estado Ambiental?* Tradução de Carlos Alberto Molinaro. p. 39. Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiztJrvj8bOAhXEGpAKHWdAD8gQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Ffiles.camolinaro.net%2F200000077-93d7a94561%2FA%2520Caminho%2520do%2520Estado%2520Ambiental.pdf&usg=AFQjCNEVzFv_IQPjzqr8Bk1K-6_ffilJBg&bvm=bv.129759880,d.Y2I>. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁸⁹¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁸⁹² BEVILÁQUA, Clovis, *Direito das Coisas*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1956. p. 95-96.

do vetor ambiental, não podem prevalecer por incompatibilidade com o arcabouço constitucional, que coloca o homem no centro do ordenamento jurídico (e não a natureza por si mesma)⁸⁹³.

De outra feita, o artigo 225 da Constituição também é associado à promoção do desenvolvimento sustentável, que o desenvolvimento tem como fundamento último a promoção da dignidade das pessoas. Quanto à necessidade de garantir o desenvolvimento sustentável e a manutenção do ambiente para as gerações futuras, entende-se que a questão liga-se não apenas à proteção ambiental, mas também às oportunidades de livre iniciativa, geradoras do desenvolvimento individual. É indubitável que o desenvolvimento econômico inclui a dimensão coletiva (ambiental), o que impõe não só o respeito ao meio ambiente, mas também à geração de oportunidades pelo respeito à natureza humana que, através da autonomia privada, busca o pleno desenvolvimento das suas potencialidades.

Nesta esteira, o interesse ambiental, em sendo um interesse de caráter essencialmente difuso, atribuído a uma gama indeterminada de pessoas, não possui elementos característicos de independência que o desprendam da égide do “interesse social”. A restrição ambiental nada mais é do que um dos tipos de restrições que podem ser impostas à propriedade privada em decorrência dos poderes atribuídos à Administração Pública, levando em consideração o destino do bem e a ponderação com outros interesses em questão, no caso com “o direito ao meio ambiente equilibrado”.

A defesa do meio ambiente é um dos elementos da ordem econômica e, para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público tomar algumas medidas em prol do interesse público; e, no exercício destas medidas, pode estabelecer restrições ao direito de propriedade. Contudo a proteção ao meio ambiente deve ser promovida de modo a tutelar a liberdade dos indivíduos, sendo certo que entre os fundamentos da República está a dignidade da pessoa humana⁸⁹⁴.

⁸⁹³ O principal recurso nas mãos do homem é o próprio homem e o desenvolvimento integral da pessoa humana através da livre iniciativa não contradiz, antes favorece a maior produtividade e eficácia do próprio trabalho, que deve ser estimulado como meio de promoção da dignidade humana. Por isso restrições excessivas à propriedade privada desestimulam o trabalho e a livre iniciativa.

⁸⁹⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2016.

O Estado deve promover o desenvolvimento nacional⁸⁹⁵ e garantir a defesa do meio ambiente como um dos objetivos da ordem econômica⁸⁹⁶, adotando medidas destinadas à preservação ambiental. Sobre o tema, Callies⁸⁹⁷ aponta que a proteção ambiental é condição de legitimidade democrática do Estado, o que significa que o Estado deve garantir a proteção ambiental na medida do possível, atuando cautelosamente para que não sejam lesados gravemente os valores individuais fundamentais. O Estado de Direito impõe necessariamente limites ao Estado Ambiental: ao Estado é atribuída uma tarefa de otimização ecológica e não a garantia contra todos os riscos e perigos, visto que a proteção ambiental não é absoluta e não pode se transformar numa ameaça para as liberdades individuais, atingindo bens e valores fundamentais para o próprio Estado e para a sociedade.

Frise-se que o princípio da *concordância prática* - impõe que em caso de conflito não pode haver o sacrifício (total) de um em relação ao outro - tem especial relevância quando os direitos constitucionais conflitantes são de igual valor constitucional. Todavia a propriedade privada, por ser um direito fundamental dotado de um conteúdo constitucional mínimo, tem prevalência *prima facie* sobre o direito ao meio ambiente, justamente por tal direito não apresentar densidade normativa e ser de exclusiva configuração legal, cabendo ao legislador a sua concretização (não existe uma diferença hierárquica entre eles). Porém cabe frisar que tal “prevalência” é apenas *in abstractu* (e não é absoluta), de modo que o direito de propriedade pode perder essa primazia em alguns casos relacionados aos tipos de intervenção e com o destino dado a um bem (em especial nos casos de propriedade pública ou coletiva).

Por tal motivo, em caso de confronto direto entre o direito de propriedade privada e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impõe-se o estabelecimento de critérios

⁸⁹⁵Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

II - garantir o desenvolvimento nacional;

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2016.

⁸⁹⁶Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

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

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2016.

⁸⁹⁷HARTMANN, IVAR A. M. Resenha de: Rechtsstaat und Umweltstaat: Zugleich ein Beitrag zur

Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsverhältnisse. CALLIESS, Christian Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 10, jan-mar. 2010. Disponível em:

<http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/10_%20Resenha_1.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.

a serem usados como ferramentas para a solução dos problemas difíceis para qualificar as intervenções do Estado⁸⁹⁸, que não devem incidir sobre o âmbito de proteção constitucional de um direito fundamental. Deve-se verificar a compatibilidade de cada concepção de propriedade⁸⁹⁹ com o conteúdo mínimo do direito de propriedade e com os direitos de terceira geração, assegurados constitucionalmente.

Um dos critérios que deve pautar a escolha das intervenções no regime da propriedade privada pelo Estado, bem como a análise da sua legitimidade e do seu cabimento quando já realizados, é o princípio da subsidiariedade, intimamente ligado ao princípio federalista, à autonomia privada e à liberdade. Segundo o princípio que visa determinar o nível de intervenção no domínio privado, cabe ao Estado promover as intervenções na propriedade privada que satisfaçam às necessidades comuns e sejam minimamente restritivas à liberdade individual, permitindo que os indivíduos exerçam a sua liberdade através dos círculos concêntricos de ação e autonomia.

O perigo da perda da liberdade diante de uma ecoditadura não pode ser esquecido. Fernando Leal⁹⁰⁰ - em arguta crítica ao Direito Civil Constitucional e à funcionalização do Direito Civil - aduz que a troca da vontade pela dignidade como centro do direito privado tem como efeito concreto e imediato o deslocamento do protagonismo do indivíduo para o Estado. O mesmo ocorre com o estabelecimento do ambiente como central gravitacional do Estado, a ponto de supostamente gerar um novo modelo de organização deste.

Obviamente, a preservação ambiental é tarefa que se impõe ao Estado e a todos os indivíduos, pois a Constituição da República impõe também ao particular o dever de respeitar o meio ambiente; porém deve-se atentar para que, a pretexto da regulação ambiental, também não se caia numa intromissão na autonomia privada do indivíduo e o Estado venha a se substituir à vontade individual, numa espécie de paternalismo jurídico que beira o autoritarismo através de regulações que suplantam a autonomia individual e acabam por

⁸⁹⁸Guido Alpa aponta uma diferença entre o direito subjetivo ao ambiente sadio, entendido como um aspecto do direito à saúde e o direito subjetivo ao ambiente como direito à fruição de um ambiente íntegro (interesse difuso). O primeiro tem um valor constitucional e se configura como um direito fundamental pré-ordenado em relação aos demais direitos estabelecidos, como a propriedade e a iniciativa econômica. O segundo se refere a um bem imaterial complexo (ou então um interesse ligado a integridade da natureza) que, ao contrário, deve ser considerado igualmente ordenado em relação à propriedade e à iniciativa econômica e com este temperado. (ALPA, Guido. *Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: 'nuovo diritto' o expediente técnico*. In: GRASSI, Stefano; CECHETTI, Marcelo (et alli). *Ambiente e Diritto*. II. Firenze: Leo S. Olschki, 1999. p. 442).

⁸⁹⁹ Unidade conceitual, porém, manifestada através dos diversos bens.

⁹⁰⁰ LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. *Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 9, n. 33, p. 148, out-dez. 2015.

minar, em longo prazo, a capacidade de indivíduos autônomos na realização de escolhas, bem como na assunção de responsabilidades pessoais por elas determinadas⁹⁰¹.

Como aponta Finnis, “onde o paternalismo por parte da comunidade política é justificado, ele, como a função educativa da propriedade patrimonial, não deve ser mais do que um apoio para a autocorreção e para a autonomia⁹⁰²”. O princípio da subsidiariedade é um princípio de justiça porque “sugere que bem da autonomia pessoal e, comunidade sugere que a oportunidade de exercer alguma forma de posse privada na maioria dos lugares é um requisito de justiça”⁹⁰³.

Outro vetor a ser utilizado para a valoração das restrições é o princípio da proporcionalidade. A derrogação de alguma das faculdades do proprietário se justifica apenas excepcionalmente, ou diante de exigências da coletividade ou de direitos de terceiros que sejam igualmente equivalentes. Igual entendimento é aventado por Canotilho na apreciação crítica dos julgados do caso “Quinta do Taipal”, anteriormente citado, aduzindo que a decisão do juiz de primeira instância, impedindo o cultivo de arroz nas terras alagadas, violou a proporcionalidade; porque, nas restrições que decorrem da função socioambiental da propriedade, “a tarefa é solidária e não solitária e não se compadece com a unilateral imposição de vínculos restritivos a uns em favor de outros”⁹⁰⁴. Segundo o autor, duas seriam as soluções razoáveis, que ficariam a critério do poder público: i) uma delas seria expropriar total ou parcialmente o terreno, com a equivalente indenização; ii) a negociação da retirada da plantação já existente no local, bem como da indenização proporcional⁹⁰⁵.

A fim de verificar a realização destes dois vetores, Brage Camazano⁹⁰⁶ propõe o seguinte percurso, com o qual estamos de acordo: i) primeiramente, é necessário delimitar o âmbito de proteção de cada um dos preceitos constitucionais, isto é, a delimitação de todas as condutas, bens e situações protegidas em princípio (*prima facie*) incluídas no direito a ser examinado; ii) em segundo lugar, precisar se a ação ou omissão advinda do Poder Público,

⁹⁰¹ KLOEPFER, Michael An authoritarian ecological state? In: *European Energy and Environmental Law Review*. 112 (April 1994). Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/eelr0003&div=29&id=&page=>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

⁹⁰² FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 214.

⁹⁰³ *Ibidem*, p. 168.

⁹⁰⁴ Cf. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 109-112.

⁹⁰⁵ *Ibidem*, p. 109-112.

⁹⁰⁶ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. Resena de “Los limites a los derechos fundamentales” de Joaquín Brage Camazano. *Cuestiones Constitucionales*, n. 13, p. 311-313, julio-diciembre 2005. Universidad Nacional Autónoma de México. Distrito Federal: México. Disponível em: <<http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5746/7550>>. Acesso em: 26 ago. 2016

mas também do particular (apesar de não ser tal questão objeto da análise neste trabalho, constituiu uma intervenção neste âmbito de proteção); iii) verificar se a intervenção preenche os requisitos formais e materiais previstos pela Constituição: os requisitos formais se referem ao processo legislativo e à irretroatividade das leis; o requisito material está ligado à adequação, impondo a verificação se a restrição do conteúdo *prima facie* é útil para alcançar o fim pretendido.

Sobre as restrições à propriedade, não se pode perder de vista que, como quaisquer outras restrições aos direitos fundamentais, estas devem ser interpretadas restritivamente. É importante frisar que as limitações apenas incidem sobre o conteúdo do direito de propriedade no seu aspecto externo, portanto a existência de restrições à propriedade não afeta internamente o direito subjetivo. A dupla dimensão dos direitos fundamentais determina que a propriedade tenha a natureza de direito subjetivo e garantia institucional.

O aspecto subjetivo refere-se ao seu reconhecimento como direito subjetivo; e o aspecto objetivo implica no entendimento de que as limitações também apresentam limites dirigidos ao legislador. As duas dimensões não são independentes, e assim o controle das intervenções deve integrar ambas, a propriedade como direito subjetivo e garantia institucional, impondo-se limites aos limites decorrentes da função socioambiental da propriedade. Importa ressaltar que a opção pela inserção da função social como limite externo determina uma análise mais acurada da natureza das intervenções e, com tal intuito, partir-se-á da distinção supramencionada entre as intervenções expropriatórias e as intervenções restritivas (ablativas ou conformadoras).

Via de regra, os vínculos ambientais restritivos são apontados como não indenizáveis. Como exemplo, cite-se a reserva legal, isto é, obrigação de demarcar, averbar e restaurar a área de reserva legal nas propriedades rurais, que implica na proibição de desmatamento em área rural florestada, hipótese em que, a princípio, não cabe indenização; contudo, se a restrição atingir a maior parte da propriedade ou mesmo sua totalidade, cabe indenização por parte do poder público, em virtude do esvaziamento econômico da propriedade⁹⁰⁷. Por outro lado, o STJ entende que a criação de parques de preservação ambiental não gera direito à indenização porque usualmente não geram limitações além das que já existem no Código Florestal. Cabe ao interessado comprovar a ocorrência de prejuízos concretos que suplantem

⁹⁰⁷ STJ. AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL nº 457.837 - MG. Relator: Ministro Humberto Martins. DJE: 22/04/2014., p. 5. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=35198027&tipo=91&nreg=201304228000&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJdr=&dt=20140522&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

os que devem ser necessariamente suportadas por conta das exigências constantes nas normativas ambientais⁹⁰⁸.

Caso exemplar é o das pequenas propriedade rurais (minifúndios), nas quais a instituição de uma reserva legal, aliada a outras restrições, pode inviabilizar completamente o aproveitamento econômico do bem e a subsistência do proprietário e de sua família. No julgamento do Recurso Especial nº 1104517/SC⁹⁰⁹, os proprietários de gleba rural alegaram ter sofrido desapropriação indireta, decorrente do Decreto 750/93, que tornou obrigatória a reserva legal em áreas de Mata Atlântica, contudo, como o decreto foi revogado expressamente pelo artigo 51, do Decreto 6.660/2008, que regulamentada a Lei da Mata Atlântica (Lei nº 11.428/02006), configurou-se a perda de objeto; e o processo foi extinto, sem resolução do mérito. O relator traz importantes argumentos em seu voto, que enfrentam a questão, salientando, *ad argumentandum tantum*, as peculiaridades do caso concreto, que poderiam justificar indenizabilidade da restrição ambiental, por se tratar de um minifúndio rural. A questão dependeria de perícia para qualificar o nível de intervenção do Estado na propriedade e, se turbação administrativa fosse de tal monta a caracterizar a desapropriação indireta, caberia indenização por privar o proprietário da utilidade privada e do aproveitamento econômico do bem⁹¹⁰.

No presente trabalho, entende-se que o regime constitucional das restrições dos direitos fundamentais se aplica não apenas em casos de expropriação e requisição por utilidade pública, mas também no caso de intervenções restritivas⁹¹¹, que não escapam do controle feito pelo conteúdo constitucional mínimo⁹¹². Por serem impostos “limites aos limites”, as intervenções devem respeitar o conteúdo mínimo do direito de propriedade, que garante a sua utilidade privada.

Por ser elemento externo do conteúdo constitucional da propriedade privada, qualquer intervenção legislativa que impõe um vínculo ambiental deve ser entendida como dotada de

⁹⁰⁸ STJ. RESP. RECURSO ESPECIAL nº 1.104.517 - SC (2008/0256397-3). Relator: Ministro Castro Meira. DJe: 06/03/2014. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=31235195&tipo=5&nreg=200802563973&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140306&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

⁹⁰⁹ STJ. RESP. RECURSO ESPECIAL nº 1.104.517 - SC (2008/0256397-3). Relator: Ministro Castro Meira. DJe: 06/03/2014. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=31235195&tipo=5&nreg=200802563973&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140306&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

⁹¹⁰ Para uma análise detalhada de alguns casos concretos sobre a matéria, consultar: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2015_238.pdf>.

⁹¹¹ Para os que entendem que a função social é limite interno, seriam chamadas de conformadoras ou concretizadoras.

⁹¹² Cf. GAMBARO, Antonio. *Note introduttive*. XXV Conferenza Internazionale dell'Osservatorio “Giordano Dell'Amore” sui rapporti tra diritto ed economia: Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI. Milano: Fondazione Cariplo, 2012. p. 7.

um conteúdo restritivo de uma garantia fundamental. Isto posto, tem-se como consequência a ressarcibilidade dos limites ambientais restritivos (ou conformativos) por conta da prevalência *prima facie* do direito de propriedade privada sobre o direito ao meio ambiente. Consequentemente, a princípio, qualquer vínculo na propriedade que incida sobre o seu conteúdo essencial é indenizável, seja a intervenção ablativa ou conformativa, salvo prova em contrário.

Em igual sentido, Carlos Ari Sundfeld: “sustento que os sacrifícios devem ser visualizados como a expropriação pelo Estado, de direitos patrimoniais pertencentes aos particulares. Sacrificar direitos é sinônimo de expropriar”⁹¹³. Entende ainda o administrativista que os sacrifícios podem revestir várias formas, dentre elas as situações em que são suprimidas apenas alguma ou algumas das faculdades do domínio.

Todavia a propriedade privada é uma dentre as escolhas atributivas que cada ordenamento realiza, e assim, para além da atribuição individual da propriedade, existem outras formas possíveis de atribuição: face às diversas concepções de propriedade e formas de apropriação, os modelos atributivos podem variar⁹¹⁴. Aponta Finnis que os regimes de propriedade são variados e geralmente bastante complexos, porque “as combinações da posse pública e privada, que respondem de modo razoável aos requisitos da justiça geral, variam com o tempo, o local e as muitas circunstâncias”⁹¹⁵, o que implica dizer que sistemas jurídicos que possuem o mesmo conceito podem ter diversas concepções deste mesmo conceito, em virtude da variabilidade das circunstâncias concretas e das escolhas feitas, pois a atribuição dos regimes proprietários envolve escolhas entre alternativas que são igualmente razoáveis e possíveis⁹¹⁶.

A propriedade privada tem em si mesma uma função social, mas que pode, contudo, manifestar-se de vários modos, que seriam diversas concepções de função social, a depender do bem jurídico em tela. As limitações à propriedade, por serem externas ao direito, não têm o condão de mudar o conceito, porém podem apresentar diversas formas de concretização.

⁹¹³ SUNDFELD, Carlos Ari. Revisão da desapropriação no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, p. 38, abr-jun. 1993. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45734/47286>. Acesso em: 29 ago. 2016.

⁹¹⁴ Cf. GAMBARO, Antonio. *Note introduttive*. XXV Conferenza Internazionale dell’Osservatorio “Giordano Dell’Amore” sui rapporti tra diritto ed economia: Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI. Milano: Fondazione Cariplo, 2012. p. 7.

⁹¹⁵ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 170.

⁹¹⁶ *Ibidem*, p. 214.

Assim, explicam-se os diversos limites para as propriedades urbana e rural, pensadas e definidas de acordo com o destino e também com a localização do bem⁹¹⁷.

Por definir-se a função socioambiental como um elemento de natureza finalista dado pela lei e externo ao direito de propriedade, defende-se que os vínculos ambientais impostos restritivos devem ser interpretados *a priori* restritivos do direito de propriedade, ainda que não tenham conteúdo expropriativo, portanto, indenizáveis⁹¹⁸. Porém cabe frisar que tal “prevalência” é apenas *in abstractu* (e não é absoluta), de modo que o direito de propriedade pode perder essa primazia em alguns casos relacionados aos tipos de intervenção e com o destino dado a um bem (em especial nos casos de propriedade pública ou coletiva).

O mesmo não se aplica à propriedade pública e à chamada propriedade “coletiva” (ou atribuição coletiva de bens); pois, a princípio, os vínculos não são limitações. Inverte-se a lógica, o ambiente tem primazia *prima facie*, como dito, a prevalência *prima facie* pode ceder diante de outros vetores. Por conta disso, convém mencionar, ainda que brevemente, as diferenças existentes entre a propriedade privada, pública e coletiva, além das manifestações da função social em tais propriedades mediante a verificação dos limites constitucionalmente admissíveis para as diversas situações nas quais os vínculos ambientais podem se colocar.

O raciocínio exposto aplica-se, precipuamente, à propriedade privada, que pode se colocar no contexto urbano ou rural, uma vez que a natureza das restrições difere de acordo com a manifestação concreta da função socioambiental decorrente do destino do bem⁹¹⁹. Quanto à propriedade pública, entende-se que ela é uma função social, portanto “deve gozar de uma tutela constitucional que a proteja contra a maioria dos momentos e seus representantes eleitos”⁹²⁰. Neste tipo de propriedade, restrições ambientais são mais facilmente admitidas, pois não entram em confronto com a autonomia privada; ao contrário, sendo a propriedade pública instituída em prol do bem comum, a previsão de restrições em prol deste mesmo bem não gera dificuldades; logo, não há que se falar em indenização para as limitações restritivas; apenas e tão somente em caso de intervenções expropriatórias.

⁹¹⁷ DE LOS MOZOS, Jose Luis. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradicion juridica*. Madrid: Edersa, 1993. p. 269.

⁹¹⁸ Cf. FERNANDEZ, Maria Elisabeth Moreira. *Direito ao meio ambiente e propriedade privada* (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das “leis-reserva” portadoras de vínculos ambientais). Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 189.

⁹¹⁹ Jose De Los Mozos aponta que apenas é possível que as limitações ao direito de propriedade que decorrem das exigências da função social fazem parte do seu conceito, partindo-se da premissa de que todos os direitos seriam limitados por natureza, o que faz com que a propriedade nunca tenha sido verdadeiramente considerada como ilimitada. (DE LOS MOZOS, Jose Luis. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradicion juridica*. Madrid: Edersa, 1993. p. 267).

⁹²⁰ Proprietà (nuove forme di). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 2015. p. 1129 .

Por propriedade coletiva ou comum denominam-se os arranjos proprietários coletivos decorrentes de titularidades atribuídas a um grupo de pessoal especialmente ligado a um território. Trata-se de um arranjo coletivo, no qual a atribuição de direitos para um número indeterminado (mas não indefinido) de pessoas é feita por razões de caráter funcional. É o caso da propriedade quilombola⁹²¹ e da posse indígena, também chamada de “propriedade” coletiva indígena, no Brasil⁹²². Na propriedade coletiva existem fortes limitações à disposição do bem que incidem sobre a sua gestão⁹²³. Neste contexto, podem ser impostas restrições ao uso e à exploração que limitem a propriedade, visto que tais terras são especialmente destinadas a uma funcionalidade⁹²⁴.

Em síntese: no confronto entre propriedade privada e a função social, a primeira tem uma prevalência *prima facie*, por não ser o direito ao meio ambiente dotado de um conteúdo constitucional. Nas propriedades pública e coletiva, direito de propriedade pode perder essa primazia *porque*, apesar de previstas constitucionalmente, tal previsão não tem o escopo de proteger a esfera individual, mas a atribuição é em si mesma funcional, condicionada e dirigida à satisfação dos objetivos determinados pelo Constituinte. Em tais casos, o meio ambiente se coloca em pé de igualdade, em virtude da funcionalidade inerente a estes tipos proprietários, aplicando-se inicialmente o princípio da concordância prática para solucionar os conflitos concretamente existentes.

⁹²¹Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016

⁹²²Art. 231 da Constituição da República: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016. Para José Isaac Pilati, as propriedades coletivas no Brasil são as seguintes: a propriedade especial coletiva indígena, a propriedade quilombola, a propriedade coletiva extrativista (ou propriedade de uso sustentável por populações tradicionais (a que se estabelece em favor de tais coletividades sobre as áreas de domínio público transformada em Unidades de conservação do Grupo de Uso Sustentável, que integram o Sistema Nacional de Unidades de conservação introduzidos pela lei 9985/00 (PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 58-64).

⁹²³Sobre o tema, consultar: BENATTI, José Helder. *A criação de unidades de conservação em locais de apossamentos de populações tradicionais no Brasil*. Disponível em:

<http://www.repositorio.ufpa.br:8080/jspui/bitstream/2011/3076/1/Artigo_CriacaoUnidadesConservacao.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2016.

⁹²⁴Na Itália, no âmbito da propriedade comum, há a necessidade de preservar o território em função dos usos comuns. Cf. CASERTANO, Letizia. *Proprietà e ambiente: la soluzione italiana a confronto con le nuove esigenze di tutela*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 32. Sobre a propriedade coletiva nos Códigos Civis Europeus, consultar: MARINELLI, Fabrizio. *La proprietà collettiva nei codici civili europei*. In: MARINELLI, Fabrizio. *Miti e riti della proprietà*. L’Aquila: Edizioni L’una, 2011. p. 117-138.

À guisa de conclusão, propõe-se que a propriedade privada tem uma função social, a propriedade pública é uma função social e a propriedade coletiva possui um vínculo de destinação. Se, na propriedade privada, a intervenção estatal através de vínculos ambientais se presume por si mesma restritiva, o mesmo não ocorre na propriedade pública⁹²⁵, na qual as intervenções restritivas não são *a priori* indenizáveis. Para a propriedade coletiva, as intervenções restritivas não devem ser indenizadas porque elas carregam em si um aspecto funcional.

⁹²⁵ Em posição semelhante sobre a propriedade pública, Álvaro Borges de Oliveira propõe a classificação da propriedade pautada numa trilogia: inserção social, restrição e limite à propriedade. A função social aplica-se da somente aos bens do Estado, enquanto a inserção social se refere à propriedade privada, que deve satisfazer certos requisitos, caso contrário, está sujeita a sanções da sociedade ou do Estado. (OLIVEIRA, Álvaro Borges. Uma definição de propriedade. *Revista Pensar, Fortaleza*, v. 13, n. 1, p. 48-56, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://hp.unifor.br/pdfs_notitia/2515.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2016.

CONCLUSÕES

Nestas conclusões, serão sintetizados os pontos mais relevantes acerca da construção teórica do tema objeto da presente tese.

A análise da dimensão histórica do fenômeno da propriedade permite a constatação de que, apesar da variabilidade de modelos proprietários presentes na história do instituto, os arranjos proprietários possuem em comum as noções de apropriação e de pertencimento. Em todas as sociedades examinadas verificou-se a contraposição entre o *meum* e o *tuum*. A noção de pertencimento individual impõe a exclusão do outro através do mecanismo: quando a coisa entra no universo jurídico individual automaticamente é excluída do universo alheio.

A dinâmica de pertencimento e exclusão fundamenta as relações de apropriação. O conceito traz em si um paradoxo: qualquer justificativa de atribuição de propriedade a alguém é, ao mesmo tempo, um fundamento para a não atribuição de propriedade a um outro alguém. Cada ordenamento jurídico é chamado a dar uma resposta sobre essa contradição entre pertinência e exclusão, inerente ao conceito de propriedade. Por tal motivo, a discussão sobre as bases do direito de propriedade não encontra um termo pacífico; pois, a cada momento histórico, o homem é chamado, por meio das regras jurídicas, a fazer novas escolhas atributivas e reafirmar as já existentes.

A reflexão sobre a apropriação privada e seu percurso histórico, com a análise dos diversos arquétipos proprietários, ressalta a complexidade do fenômeno proprietário. A verificação deste processo de pertencimento-exclusão, bem como a descrição dos modos de regulação das titularidades nos diversos contextos históricos examinados demonstra que cada modelo proprietário é uma proposta contextual para a resolução do problema central da apropriação e das relações de pertinência do homem sobre os bens/coisas.

Apesar da variabilidade dos fundamentos, a propriedade se configura como instituto central nos sistemas jurídicos estudados, justamente porque responde à questão central da alocação de recursos na satisfação das necessidades básicas do homem. Apesar das diversidades, os sistemas jurídicos examinados têm em comum o fato de assegurarem, em alguma medida, a possibilidade de apropriação dos bens e o seu conseqüente uso em proveito do proprietário, excluindo terceiros da sua esfera de incidência.

A dinâmica apropriação-pertencimento-exclusão permanece constante nos ordenamentos analisados, o que confirma que a propriedade é inerente à condição humana.

Deste modo, basta que um sistema jurídico reconheça um interesse sobre uma coisa para que esteja presente a ideia de propriedade, ainda que não qualificado nos moldes dos sistemas contemporâneos.

A propriedade é uma modalidade de direito com características comuns, que vai além dos sistemas específicos. Cada sistema jurídico tem a sua concepção de propriedade, que pode alternar momentos mais individualistas ou socializantes, porém existem “incidentes-padrão”, características comuns que são mais ou menos constantes de sistema para sistema e trazem um amálgama do direito de propriedade, tais como, o uso, gozo, disposição, além da exclusão dos não proprietários.

São previstas regras que tem em comum o fato de estabelecerem que determinadas pessoas tenham direitos mais amplos do que outras sobre uma coisa, elementos que são mais ou menos invariáveis de um sistema para o outro porque compostas por um mínimo de Direito Natural que decorre da ideia de apropriação, noção filosófica e pré-jurídica que toma corpo na configuração da propriedade, variável entre as sociedades. A ideia de propriedade privada não confunde com o seu reconhecimento como direito subjetivo.

A advertência se coaduna perfeitamente com a distinção entre o conceito e a concepção da propriedade. Constatou-se que a ideia de propriedade claramente existiu no Direito Antigo, mas a sua conceituação como direito subjetivo não se contextualiza no referido período histórico, por conta das estruturas jurídicas então existentes e da ausência de sistematicidade conceitual dentro dos universos grego e romano. Na Antiguidade, as noções mínimas de pertencimento e exclusão estão presentes nos delineamentos dos regimes proprietários estudados no período, porém a tutela proprietária tinha uma nuance objetiva. O lugar central da propriedade enquanto instituto jurídico permanece na Idade Média, num modelo que preza pelas utilidades que podem ser geradas pela coisa, com o intuito de obter sua máxima fruição ou produtividade.

A Modernidade traz novos contornos ao direito de propriedade, que se move de uma esfera objetiva para a esfera subjetiva, prevista na sua qualificação como um direito subjetivo: o sujeito passa a ocupar posição de centralidade, o que traz mudanças significativas na compreensão da realidade, do Direito e da questão proprietária. O modelo subjetivo de propriedade tem como fundamento a tutela do indivíduo e de suas liberdades diante do Estado e nele são fixados os atributos da configuração da propriedade como direito subjetivo que possui na exclusividade, na elasticidade e sua exclusão de terceiros suas características fundamentais.

O *Code Napoléon* é o modelo de codificação que vem a ser adotado por grande parte dos sistemas jurídicos europeus, bem como latino-americanos, dentre eles, o brasileiro. Com as mudanças sociais sofridas após o longo período de guerras, ressoam críticas ao modelo individualista e propugna-se a introdução de um elemento social na propriedade: a função social, recepcionada como uma cláusula geral por numerosas Constituições europeias, com o intuito de ponderar os males do individualismo, expresso em diversos diplomas legislativos.

No plano teórico, a construção indica o afastamento da concepção absoluta do direito de propriedade, porém a variabilidade das leituras da função social da propriedade impede um consenso sobre o seu conteúdo e reduzem a sua efetividade. Tendo em vista a dificuldade em defini-la, melhor seria a sua abolição, uma vez que as escolhas atributivas de cada ordenamento jurídico já possuem uma função social, visto que o Direito não é algo apartado da sociedade. Porém, face à permanência da expressão “função social da propriedade” no ordenamento jurídico brasileiro, é importante fixar-lhe um sentido.

Cabe frisar que a atribuição da propriedade individual a alguém resulta de uma escolha atributiva feita pelo ordenamento jurídico, que considera determinada apropriação ou especificação digna de tutela, de modo que o reconhecimento constitucional do direito de propriedade implica no reconhecimento da apropriação privada dos bens. Assim, não é possível proceder a uma nova conformação, através da inserção da função social da propriedade como elemento interno, porque isso implicaria numa dupla consideração da vertente social, em prejuízo da legalidade e da garantia constitucional da propriedade privada.

Defende-se que a função social da propriedade não integra o conteúdo do direito de propriedade e que deve ser compreendida como um elemento externo de tal direito, entendimento que vem sendo adotado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. A propriedade, por se tratar essencialmente de uma relação entre uma pessoa e uma coisa, ou do “interesse mais forte que pode existir de uma pessoa sobre uma coisa” reconhecido pelo ordenamento jurídico, não se coaduna com a inserção de um elemento externo no seu interior, pois a relação do proprietário com os demais, isto é, com a coletividade não é senão algo e abstrato e indeterminado.

A essência do conceito de propriedade não passa pela função social, mas pela sua utilidade privada, que se expressa no papel desempenhado pela propriedade na sociedade contemporânea, na qual a sua formatação como um direito subjetivo confere à Economia os pressupostos que permitem o seu funcionamento e, ao Direito, o critério para fazer escolhas, tendo por base o binômio “ter ou não ter”. Além disso, o reconhecimento da propriedade privada tem como consequência imediata a instalação de uma certeza que garante a segurança

jurídica: a certeza de que a coisa outorgada ao proprietário o foi de modo cabal, suficientemente forte para permanecer e gerar responsabilidades no caso de intromissões por parte de terceiros.

Tal binômio possui três dimensões essenciais, cada qual configurando uma escolha atributiva: i) dimensão material: definição do objeto do direito de propriedade; ii) dimensão temporal: atribuição de efetividade às expectativas e poderes do proprietário, garantindo-lhe proteção; iii) dimensão social: a pacificação social gerada pela institucionalização do consenso acerca do “*meum*” e do “*tuum*” (consenso entre o proprietário e os não proprietários sobre a propriedade).

O conflito existente entre a liberdade e a função social é intensificado pelo despontar da tutela jurídica do ambiente. A abordagem tradicional, que atribuía à natureza o simples papel de entorno ocupado pelos seres humanos, qualificando-a como um bem fora do comércio ou inapropriável, cedeu espaço para novas teses sobre a sua natureza jurídica, dentre elas as que propugnam atribuição de uma personalidade jurídica própria, ou a concessão em maior ou menor grau de algum tipo de direito ou proteção.

No contexto internacional, há consenso sobre a necessidade de uma tutela ambiental, o que redundará na imposição de medidas protetivas por parte dos diversos países. Todavia variadas são as formas jurídicas adotadas para a proteção, podendo-se afirmar que cada qual possui uma concepção de tutela do meio ambiente consagrada numa forma particular de proteção. No Brasil, o direito ao ambiente como expressão de interesse digno de tutela goza de assento constitucional, mas reconhecimento do interesse ambiental pela Constituição brasileira não implica na sua necessária qualificação jurídica como bem jurídico e, tampouco a atribuição de uma propriedade coletiva sobre o meio ambiente.

O artigo 225 da Constituição da República significa que o Estado deve se empenhar para garantir a proteção ambiental nos limites do possível. A partir deste referencial constitucional, o direito ao meio ambiente saudável deve ser corporificado pelo legislador, tratando-se do direito à fruição de um ambiente íntegro. A previsão traz importantes consequências para fins de tutela e legitimação popular ou dos órgãos constitucionalmente estabelecidos para a defesa do meio ambiente, porém, não há que se falar de propriedade ambiental coletiva.

A previsão da tutela ambiental aponta que tal direito deve ser protegido e que o mesmo é oponível ao Estado, a quem compete a promoção de medidas protetivas que sejam consentâneas com os interesses individuais. O ambiente não se insere na qualidade de bem jurídico no ordenamento jurídico brasileiro e muitos consideram que ele se configura como

uma propriedade coletiva. Trata-se de um interesse protegido, na qualidade de direito difuso, porém não dotado de conteúdo constitucional pré-definido. Cabe ao legislador a fixação dos seus contornos, devendo levar em consideração que a proteção impõe limitações e custos, e não raro esbarra na garantia constitucional da propriedade privada.

A colisão entre propriedade privada e meio ambiente deve partir da consideração da propriedade como um direito fundamental e uma garantia constitucional. Deve-se levar em consideração também a previsão da função social da propriedade como um dos elementos da ordem econômica, bem como as diversas formas de cumprimento da função social, conforme se trate de propriedade urbana ou rural pelo texto constitucional. Cabe notar que as diferenças entre os regimes proprietários não estão na essência do direito de propriedade, pois a existência de mecanismos diversos para a satisfação da função social da propriedade decorre dos destinos diversos e das funções concretamente desempenhadas por cada bem. Tal não implica na fragmentação do direito de propriedade ou na ocorrência de propriedades diferenciadas ou de “diversos estatutos proprietários ou regimes especiais” porque os atributos do domínio são mantidos em ambas as hipóteses, ocorrendo a perda do direito apenas em hipóteses excepcionais e constitucionalmente justificadas. Mantém-se, assim, propriedade como categoria unitária.

A retomada do direito de propriedade como um direito subjetivo e, portanto, como um direito fundamental que serve como garantia ao indivíduo diante da intervenção do estatal na liberdade individual, bem como a sua reconstrução dogmática como *dominium plenum*, promovendo o fortalecimento de um direito, parece ter se enfraquecido ao longo do tempo e reabilita a Teoria do Direito Civil, da qual haure-se a definição de propriedade e seus atributos⁹²⁶. Por seu turno, o diálogo com Direito Constitucional contribui eficazmente para a compreensão do conteúdo no plano vertical, isto é, na perspectiva das relações entre o indivíduo e o Estado.

Apesar de distintas, a propriedade civil e a propriedade constitucional são complementares e ressaltam aspectos diversos do mesmo fenômeno. Na perspectiva constitucional, admitem-se duas dimensões da garantia da propriedade privada: a subjetiva e a objetiva, quais sejam, o seu reconhecimento como direito subjetivo, além das garantias de permanência, (a não abolição da propriedade privada do ordenamento jurídico), da utilidade privada, (consubstanciada no livre exercício da faculdades proprietárias) e de valor (o direito

⁹²⁶ DE LOS MOZOS, Jose Luis. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradicion juidrica*. EDERSA, 1993. p. 223.

de obter indenização em dinheiro no caso de privação de propriedade por motivo de utilidade pública ou social).

As inclusões das garantias de existência, de utilidade privada e de valor no bojo da garantia constitucional da propriedade são consequências jurídicas que decorrem do modelo de propriedade adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil e da concepção por ela consagrada, que disciplina a propriedade como direito subjetivo e garantia fundamental. Vincula-se, outrossim, ao balizamento imposto pela noção de conteúdo mínimo que decorre da preservação dos elementos fundamentais que compõem a garantia constitucional da propriedade.

As normas ambientais permitem uma influência grande dos Estados no regime de propriedade, que inicialmente vai se publicizando até se tornar uma questão comum, mundial, em que o bem de alguém pode sofrer restrições em decorrência da consideração do ambiente, como um bem jurídico. Para satisfazer tal tutela, o Estado acaba por impor regras protetivas, demasiadamente rígidas, que desconsideram a propriedade privada e acabam implicar um grande sacrifício ao proprietário em prol do bem comum. Por isso é importante que a proteção ambiental de índole estatal leve em consideração as razões que motivaram o reconhecimento da propriedade privada pelo ordenamento jurídico.

Cabe ao Estado fomentar a livre iniciativa e promover um ambiente econômico no qual os indivíduos sejam encorajados a desenvolver as suas potencialidades e realizar trabalhos produtivos: as intervenções na propriedade não devem ignorar a autonomia privada e a liberdade de iniciativa econômica. O agigantamento do Estado na tutela do ambiente em notório desrespeito às liberdades individuais pode redundar no que Michael Klopfer chama de *ecoditadura*⁹²⁷.

A fim de evitar os perigos de tais males e impedir que garantias individuais sejam desconsideradas, urge reabilitar a estatura constitucional da propriedade, que parece andar esquecida em meio à profusão de “novos direitos”. A tarefa pode ser levada a cabo a partir das definições previstas nas declarações que inspiraram a consagração da propriedade nos textos constitucionais modernos, bem como pela definição de um núcleo essencial da propriedade, de cunho constitucional, mas também dotado de um conteúdo de Direito Natural decorrente da apropriação.

⁹²⁷ KLOEPFER, Michael. *A caminho de um Estado Ambiental?* Tradução de Carlos Alberto Molinaro. p. 3.

Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiztJrvj8bOAhXEGpAKHWdAD8gQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Ffiles.camolinaro.net%2F200000077-93d7a94561%2FA%2520Caminho%2520do%2520Estado%2520Ambiental.pdf&usq=AFQjCNEVzFv_IQPjzqr8Bk1K-6_ffilJBg&bvm=bv.129759880,d.Y2I>. Acesso: 16 ago. 2016.

A adoção da dupla da dupla face dos direitos fundamentais confirma a perspectiva da função socioambiental como limite externo ao direito de propriedade. Além disso, é importante ainda mencionar que tal não faz parte do conteúdo mínimo de propriedade constitucionalmente exigido. Portanto não pode incidir na sua configuração senão como elemento externo, entendido como uma baliza imposta à atuação do legislador na conformação do interesse ambiental, decorrente da dupla dimensão dos direitos fundamentais.

Cabe ainda frisar que a função socioambiental da propriedade não é um conceito autônomo e apartado da função social da propriedade, mas apenas uma projeção ou forma da manifestação da mesma. Trata-se de um limite ao direito de propriedade, dirigido ao legislador, para que as intervenções do Estado na propriedade privada, em prol do valor ambiental, ocorram nos limites estritamente necessários da proteção exigida.

A dificuldade de uma convivência harmônica entre a autonomia privada e a intervenção estatal em matéria de propriedade é real. Por tal motivo, impõe-se o estabelecimento de critérios a serem usados como ferramentas para a solução do confronto entre o direito de propriedade privada e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Deve-se verificar a compatibilidade de cada concepção de propriedade⁹²⁸ com o conteúdo mínimo do direito de propriedade e com os direitos de terceira geração assegurados constitucionalmente.

Um dos critérios que deve pautar a escolha das intervenções no regime da propriedade privada pelo Estado, bem como a análise da sua legitimidade e do seu cabimento quando já realizados, é o princípio da subsidiariedade. Outro vetor a ser utilizado para a valoração das restrições é o princípio da proporcionalidade.

A subsidiariedade, também entendida como um princípio de justiça, determina que o Estado deve respeitar a autonomia individual e promover as intervenções na propriedade privada que sejam minimamente restritivas à liberdade individual e satisfaçam as necessidades comuns. Na mesma linha, a proporcionalidade determina que a derrogação de alguma das faculdades do proprietário se justifica apenas excepcionalmente, diante de exigências da coletividade ou de direitos de terceiros que sejam igualmente equivalentes.

A pretexto de uma utilidade social decorrente da preservação ambiental, o proprietário não pode restar desprovido da utilidade privada do seu direito e suportar exclusivamente a sua perda, enquanto a utilidade é usufruída por toda a coletividade, sem que haja qualquer indenização compensatória ao proprietário. Deste modo, intervenções que, em prol do

⁹²⁸ Unidade conceitual, porém manifestada através dos diversos bens.

interesse ambiental, impõem restrições à propriedade que exorbitem do conteúdo mínimo, devem ser indenizadas, por apresentar caráter claramente restritivo de um direito fundamental.

A função social da propriedade, entendida também como limite à atuação do poder público, impõe o dever de indenizar o proprietário em caso de “perda virtual” do direito de propriedade, isto é, quando a restrição promovida equivale a uma verdadeira expropriação, por privar o proprietário da utilidade econômica privada da coisa, no todo ou em parte. A ressarcibilidade das intervenções ambientais restritivas (ou conformativas) deriva da prevalência *prima facie* do direito de propriedade privada sobre o direito ao meio ambiente, o que impõe a incidência da garantia constitucional da propriedade privada não apenas nas intervenções ablativas, mas também na hipótese de intervenções limitadoras ou restritivas que estejam em desconformidade com a garantia constitucional da propriedade privada.

Qualquer intervenção legislativa que impõe uma restrição ambiental em desrespeito com o conteúdo mínimo (ou essencial), imposto pela garantia constitucional da propriedade, deve ser entendida como uma restrição a um direito fundamental, conseqüentemente, indenizável, independentemente de qualificação jurídica como ablativa ou conformativa. Se a intervenção estatal viola o conteúdo mínimo da propriedade, expresso na sua utilidade privada, caberá indenização, com base na aplicação da função socioambiental da propriedade, que impõe o compartilhamento dos custos ambientais por toda a sociedade.

O direito ao meio ambiente, diversamente do direito de propriedade privada, possui conformação essencialmente legal. Em caso de colisão, a propriedade tem uma prevalência *prima facie*; adicionalmente, a sua função social deve ser entendida como um limite ao seu exercício, dirigido não apenas ao proprietário, mas também ao legislador. Por tal motivo, a intervenção legislativa na propriedade deve ser limitada, de modo a não descaracterizá-la e preservar o seu conteúdo mínimo.

As intervenções do Estado que restrinjam as faculdades do proprietário em forma de limitações ambientais devem ser interpretadas de forma diversa nos casos das propriedades pública ou coletiva, situações nas quais os fundamentos das escolhas atributivas são diversos daqueles previstos para a propriedade privada, cujo objetivo é a preservação da liberdade dos indivíduos. A propriedade pública configura-se uma função social; por seu turno, a propriedade coletiva é outorgada em função de grupo, possuindo um vínculo de destinação de ordem funcional.

Se na propriedade privada, a intervenção estatal através de vínculos ambientais se presume por si mesma restritiva, o mesmo não ocorre nas propriedades pública e coletiva, nas quais as intervenções restritivas não são *a priori* indenizáveis porque o interesse ambiental se

coloca em posição de igualdade com a propriedade, em virtude da funcionalidade inerente a estes tipos proprietários. Aplica-se, assim, o princípio da concordância prática para solucionar os conflitos concretamente existentes.

REFERÊNCIAS

ADDIS, Fabio. Fonti legali della proprietà privata e decentramento normativo. *Rivista di diritto civile*, Cedam, Padova, Anno XL, p. 14-65, 1994.

ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. Propriedade. In: *Dicionário da Cultura Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 1444-1445.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Elementi di diritto privato*. Matera: Laterza, 2001.

ALPA, Guido. Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: 'nuovo diritto' o expediente técnico? In: ALMERIGHI, Mario; ALPA, Guido (commentati da). *Diritto e Ambiente: materiali di dottrina e giurisprudenza*. Parte I – Diritto Civile. Padova: Cedam, 1984. p. 431-446

ALPA, Guido; FUSARO, Andrea. *Metamorfosi del diritto di proprietà*. Matera: Antezza, 2011.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Poteri dei privati e statuto della proprietà*. I. Oggetti, situazioni soggettive, conformazione dei diritti. Padova: Cedam, 1980. ALPA, Guido. Pubblico e privato nel danno ambientale. In: *Contratto Impresa*, 1987. p. 685-687.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. Un'esperienza in progress: il modello nord-americano. In: ALMERIGHI, Maria; ALPA, Guido. *Diritto e Ambiente: materiali di dottrina e giurisprudenza*. Parte I. Diritto Civile. Padova: Cedam, 1984. p. 249-268.

AMIRANTE, Domenico. *Diritto Ambientale Italiano e Comparato*. Principio. Napoli: Jovene Editore, 2003.

ANGIONI-CONTINI, Francesco. *Della proprietà secondo il diritto romano: studio storico, dommatico-critico*. Sassari: Azuni, 1877.

ANTICHITÀ CLASSICA. *Enciclopedia Tematica Aperta*. Vicenza: Jaca Book, 1993.

ARAGÃO, Alexandra. A proteção do ambiente em rede: uma estratégia nacional, uma responsabilidade Européia. *Periódico do CIEDA e do CIEJD*, n.1, jun./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mario da Gama Cury. Brasília: EDU, 1985.

_____. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os Pensadores).

_____. *Retórica*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*. 5. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

BABEUF, Manifeste des plébéiens, 1795, apud D'URSO, Francesco. *La proprietà tra diritto soggettivo e funzione sociale*. Tesi di dottorato in Filosofia del Diritto, Diritti dell'uomo e delle libertà religiose. Università degli Studi di Napoli.

BARASSI, Lodovico. *Proprietà e comproprietà*. Milano: Giuffrè, 1951.

BARBERINI, Atilio. La proprietà. In: BALESTRA, Luigi. *Proprietà e diritti reali*, v. 1. Torino: UTET Giuridica, 2011.

BARCELLONA, Mario. *Proprietà privata e intervento statale*. Napoli: Jovene Editore, 1980.

BEESON, MARK. The coming of environmental authoritarianism. *Environmental Politics*, v. 19, n. 2, p. 18, 2010. Disponível em:
<http://apo.org.au/files/Resource/beeson_coming_of_environment_authoritarianism.pdf>.
Acesso em: 22 ago. 2016.

BELLO FILHO, Ney de Barros. *A previsão normativa do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição de 1988*. Disponível em:
<http://www.lex.com.br/doutrina_27179662_A_PREVISAO_NORMATIVA_DO_DIREITO_FUNDAMENTAL_AO_AMBIENTE_ECOLOGICAMENTE_EQUILIBRADO_NA_CONSTITUICAO_DE_1988.aspx>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BENATTI, José Helder. *A criação de unidades de conservação em locais de assentamentos de populações tradicionais no Brasil*. Disponível em:
<http://www.repositorio.ufpa.br:8080/jspui/bitstream/2011/3076/1/Artigo_CriacaoUnidadesConservacao.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2016.

BENJAMIN, Antonio Herman de V e. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 4, p. 151-152, out./dez. 1996.

BENJAMIN, Antonio Herman. Estado de Direito SocioAmbiental. Prefácio. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental*: São Paulo: RT, 2008.

BERTI, Enrico. *Il bene di chi?* Bene pubblico e bene privato nella storia. Genova: Marietti, 2014.

BEVILÁQUA, Clovis. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

BIANCHI, Ferdinand. *I limiti legali della proprietà nel diritto civil*. Macerata, 1885. p. 31-37. Apud NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà*. Bologna: Forni Editore, 1970.

BIRKS, Peter. The Roman law concept of dominium and the idea of absolute ownership. *Acta Juridica*, 1985. Apud BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007.

BIXIO, Andrea. *Proprietà e appropriazione: individuo e sovranità nella dinamica dei rapporti*

sociali. Milano: Giuffrè, 1988.

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

_____. *Locke e o direito natural*. Brasília: EDU, 1998.

BONALDO, Frederico. *Consistência teórica do direito subjetivo de propriedade*. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

BONFANTE, Pietro. *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*. In: _____. *Scritti giuridici varii*, v. 2. Torino: UTET Giuridica, 1926.

BONZI, Ramon Stock. *Meio século de Primavera silenciosa: um livro que mudou o mundo*. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*. Revista do Programa de Pós Graduação em Meio Ambiente e Desenvolvimento, n. 28, p. 207-215, jul./dez. 2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito Ambiental e teoria jurídica no final do século XX*. p. 29. In: VARELA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso (Orgs.). *O novo em Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1990. p. 11-33.

BRASIELLO, Ugo. *Brevi note sul concetto di proprietà privata*. In: _____ et al. *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, v. 1. Milano: Giuffrè, 1943.

BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. *Das situações jurídicas subjetivas materiais no direito romano pré-clássico e clássico*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 96, p. 327-342, 2007. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/096327342.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

BRASIL. Constituição (1937). *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: 09 maio 2016.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 09 maio 2016.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.1969). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 09 maio 2016.

BRASIL. Constituição (1969). *Emenda constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 09 maio 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 set. 2016.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 11 jul. 2016.

BRASIL. Código Florestal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

BRASIL. Lei n°. 10.257/01, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 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 jul. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n°. 24.645, de 10 de julho de 1934. Estabelece medidas de proteção aos animais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial n°. 457.837 - MG . Agravantes: Verônica Resende de Almeida e Hipólito de Oliveira Almeida. Agravado: Cemig Distribuição S/A. Brasília. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília. DJE: 22/04/2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=35198027&tipo=91&nreg=201304228000&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140522&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

BRASIL . Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n°. 1.104.517/SC. Recorrente: União. Recorridos: Cezira Gema Comunello Pagno e Outros. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília. DJe: 06/03/2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=31235195&tipo=5&nreg=200802563973&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140306&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n°. 75. 659. Recorrente: : Aldo Bartholomeu e outros. Recorrido: Odair Pires de Paula e outros. Relator: Min Aldir Pssarinho Junior. Brasília. Data do Julgamento: 21/6/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=75659&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. n°. 22.164. Impetrante: Antonio de Andrade Ribeiro Junqueira. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília. DJE: 17-11-1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%202004>>. Acesso: 15 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Recorrente: União. Recorrido: Olivinho Fortunato da Silva. Relator: Min. Eros Grau. Brasília. DJE de 29/05/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2508931>>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *Propriedade privada: entre o privilégio e a liberdade*. Lisboa: FFMS, 2010.

BRUGI, Biagio. *Istituzioni di diritto privato giustiniano: parte prima*. Verona: Fratelli Druce, 1897.

CAFAGNO, Maurizio. Capítulo IV: Strumenti di mercato e tutela dell'ambiente. In: *Diritto dell'Ambiente* (a cura di Giampaolo Rossi). Torino: Giappichelli, 2011. p. 171-184.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Acesso à justiça em matéria de ambiente e de consumo: privatismo, associacionismo e publicismo no Direito do Ambiente ou o rio da minha terra e as incertezas do direito público. In: *Siddamb*, 1996. Disponível em: <<http://www.diramb.gov.pt>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes Canotilho. *Protecção do ambiente e direito de propriedade*. Crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARLI, Filippo. La proprietà e il fascismo. In: *La concezione fascista della proprietà privata (a cura della Confederazione Fascista dei Lavoratori dell'Agricoltura)*, Roma, 1939.

CARMELENGO, Quirino. *Introduzione allo studio della Costituzione Economica*. Anno accademico 2014-2015. Università di Pavia. Disponível em: <http://economia.unipv.it/pagp/pagine_personali/camerlengo/Introduzione%20alla%20costituzione%20economica.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2016.

CARNEVALE, Mario. *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*. Bologna: Il Mulino, 1994.

CASCIOLI, Riccardo; GASPARI, Antonio. *Le bugie degli ambientalisti*. I falsi allarmismi dei movimenti ecologisti. Segrate: Editore Piemme, 2005.

CASERTANO, Letizia. *Proprietà e ambiente: la soluzione italiana a confronto con le nuove esigenze di tutela*. Milano: Giuffrè, 2008.

CATERNI, Enrico. Proprietà. In: *Tratato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*. Diretto da Pietro Perlingieri, III, 3, p. 69. Nota 135.

CENDON, Paolo. *Proprietà, riserva e occupazione*. Napoli: Jovene Editore, 1997.

CHIÀNTERA, Giuseppe. *La nascita dei diritti reali e la comproprietà nel diritto greco antico e nel diritto romano arcaico*. 2012. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/33606-la-nascita-dei-diritti-reali-e-la-compropriet-nel-diritto-greco-antico-e-nel-diritto-romano-arcaico>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

COMPARATO, Konder, Fabio Ulhoa. *A Constituição Mexicana de 1917*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em: 09 maio 2016.

COMTE, Augusto. *Reorganizar a sociedade*. Tradução de Antônio Geraldo da Silva. São Paulo: Editora Escala, 2005.

CONTI, Roberto. Diritto di proprietà e CEDU. In: CONTI, Roberto (Org.). *Unione Europea e Diritti Humanos*. v .4. Exeo Edizione (pubblicazione digitali professionali), 2012.

CORREIA, Fernando Alves. O plano urbanístico e o princípio da igualdade. p. 306-307. Apud MOREIRA, Maria Elisabeth Fernandez. *Direito ao meio ambiente e propriedade privada* (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das “leis-reserva” portadoras de vínculos ambientais). Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CORREIO DA CIDADANIA. *Direito ambiental comparado: os "direitos da natureza" na Constituição do Equador e a Bolívia*. Disponível em: <http://pretextointernacional.blogspot.com.br/2011/05/direito-ambiental-comparado-os-direitos_19.html>. Acesso em: 25 jun. 2016.

CORSO, Guido. Capítulo III: La valutazione del rischio ambientale. In: *Diritto dell' Ambiente* (a cura di Giampaolo Rossi). Torino: Giappichelli, 2011. p. 159-170.

COSTANTINO, Michele. Capítulo unico. Il diritto di proprietà. In: GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. Milano: Giuffrè, 2001.

COSTATO, Luigi. Le proprietà collettive in Italia: disciplina vigente e prospettive. In: INCONTRO DI STUDIO DEL CE.S.E.T., 31, Sassari, 14-15 set. 2001. Disponível em: <<http://www.torrossa.com/resources/an/2240747>>. Acesso em: 1 jun. 2015.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. Derechos fundamentales. In: *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, t. III (Tribunal Constitucional y Derechos Fundamentales). Madrid: Civitas, 2001.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil III*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1984.

DELLA SETTA, Roberto. *La difesa dell'ambiente in Italia: storia e cultura del movimento ecologista*. Milano: Franco Angeli, 2000.

DE LOS MOZOS. Jose Luis. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradicion juridica*. Madrid: Edersa, 1993.

DELORT, Robert; WALTER, François. *Storia dell'ambiente europeo*. Bari: Dedalo, 2002.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DERANI, Cristiane. Tutela jurídica da apropriação do meio ambiente e as três dimensões da propriedade. *Revista de Direito Ambiental da Amazônia*. Amazonas: Cultura Edições Governo do Estado. p. 61-84

DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil: Direitos de família. Direitos reais e posse*. Tradução da 6a. edição italiana, com notas remissivas aos Códigos Civis Brasileiro e Português pelo Dr. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1957.

DE SISMONDI. De la richesse territoriale. In: *Études sur l'économie politique*, t.1. Bruxelles; Wahlen Ed., 1837. p. 115-116. Apud NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà*. (crisi o evoluzione del diritto di proprietà?). 4. ed. Bologna: Forni, 1970.

DE SOTO, Hernando. *O mistério do capital*. Tradução de Zaida Maldonado. Record: Rio de Janeiro, 2001.

DI GIOVANNI, Francesco. *Strumenti privastici e tutela dell'ambiente*. Padova: Cedam, 1982.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DINO, Nicolao; CAZETTA, Comentário doutrinário. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, a. 27, (238), p. 156, abr./jun. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2015_238.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2016.

DI PORTO, Andrea. *Res in usu pubblico e beni comuni: il nodo della tutela*. Torino: Giappichelli, 2013.

_____. *Salubritas e forme di tutela in età romana*. Il ruolo del civis. Torino: Giappichelli, 2014.

DI ROBILANT, Anna. Property: a bundle of sticks or a tree? *Vanderbilt Law Review*, v. 66, n. 3, 2013, Boston University School of Law, Public Law Research Paper n. 14-26. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2456375>. Acesso em: 7 jul. 2015.

DIZIONARIO GIURIDICO ONLINE. Disponível em: <<http://www.simone.it/newdiz/newdiz.php?action=view&dizionario=3&id=1980>>. Acesso em: 15 out. 2015.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. Resena de “Los limites a los derechos fundamentales” de Joaquín Brage Camazano. *Cuestiones Constitucionales*, n. 13, julio-diciembre, 2005. p. 311-313. Universidad Nacional Autónoma de México. Distrito Federal: México. Disponível em: <<http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5746/7550>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

D'ORS, Álvaro. Aspectos objetivos e subjetivos del concepto de “ius”. In: BRASIELLO et al. *Studi in memoria di Emilio Albertario*, v. II. Milano: Giuffrè, 1953. p. 279-299.

DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del Derecho Publico y Privado*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1975.

_____. *Fundamentos de direito*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

D'URSO, Francesco. *La proprietà tra diritto soggettivo e funzione sociale*. Disponível em: <http://www.fedoa.unina.it/1758/1/D'Urso_Filosofia_del_Diritto_Diritti_dell_Uomo_e_delle_Liberta_Religiose.pdf>. Acesso em: 10 maio 2015.

_____. *La proprietà: un dibattito di primo Novecento*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Atual. por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002.

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. Milano: Giuffrè, 2015.

ENCICLOPEDIA SAPERE.IT. Disponível em: <<http://www.sapere.it/enciclopedia/proprietà.html>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

EQUADOR. Constituição. (2008). *Constitución del Ecuador*. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em : 04 abr. 2016.

ESTRASBURGO. Corte Europeia de Direitos do Homem. Sentença de 22 de 2012. Recurso n.126/05. Recorrente: Scoppola. Recorrido: Itália. Disponível em: <[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=1_2\(2012\)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU757112](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=1_2(2012)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU757112)>. Acesso em: 23 ago. 2016.

ESTRASBURGO. Corte Europeia de Direitos do Homem. Sentença de 31 de maio de 2011. Recurso n. 46286/09. Recorrentes: Maggio e altri. Recorrido: Itália. Disponível em: <[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=1_2\(2011\)&facetNode_2=1_2\(201105\)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU665621](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=1_2(2011)&facetNode_2=1_2(201105)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU665621)>. Acesso em: 07 jun. 2016.

ESTRASBURGO. Corte Europeia de Direitos do Homem. Sentença de 10 de fevereiro de 2005. Recorrido: Príncipe de Liechtenstein. Recorrente: Alemanha. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/08/Casos-Contenciosos-2005-Caso-Relacionado-à-Determinada-Propriedade-Liechtenstein-v.-Alemanha.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

ESTRASBURGO. Corte Europeia de Direitos do Homem. Sentença de de 20 de novembro de 1999. Recurso: 17849/91. Recorrente: *Pressos Compania Naviera S.A. e outros*. Recorrido *Bélgica*. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/CASE_OF_PRESSOS_COMPANIA_NAVIERA_S.A._AND_OTHE_RS_v._BELGIUM.pdf>. Acesso em: 07 jun.2016.

FARIAS, Paulo José Leite. O papel do Poder Judiciário de concretização protetiva das normas-princípios ambientais. In: *Constituição e a proteção dos novos direitos: direitos difusos, bioética e direito dos sistemas informatizados*. Brasília: IDP, 2014. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1574/Constituição%20e%20a%20Proteção%20dos%20Novos%20Direitos.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 ago. 2016;

FASSÒ, Guido. *Storia della filosofia del diritto*. v. 1. Roma/Bari: Laterza, 2001.

FAVARO, Stefano. *Salvatore Pugliatti e il suo tempo: per un diritto tra sistema e storia*. Tesi. Università degli Studi di Padova. Scuola di Dottorato in Giurisprudenza. Disponível em: <http://paduaresearch.cab.unipd.it/3296/1/tesi_dottorato_definitiva_-_STEFANO_FAVARO.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.

FERREIRA, Gilson. Ação publiciana: da ancestralidade romana ao direito civil contemporâneo – um instrumento de defesa da posse *ad usucapionem* nos tribunais brasileiros. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, p. 1-16, jan.-jun. 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Ferreira-civilistica.com-a.3.n.1.2014.pdf>>. Acesso em : 18 ago. 2015.

FERNANDEZ, Maria Elisabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada*. (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das ‘leis-reserva’ portadoras de vínculos ambientais. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 109-112.

FINLEY, Moses. *Economia e sociedade na Grécia antiga*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. *La economia de la Antigüedad*. Tradução de Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

FINZI, Enrico. *L'officina delle cose*. Scritti minori. A cura di Paolo Grossi. Milano: Giuffrè. 2013.

FORESTI, Luciana Aigner. Antichità classica. In: *Enciclopedia Tematica Aperta*. Parte Prima: Filosofia. Milano: Jaca Book, 1993.

FRANÇA. *Code Civil Français*. 1804, de 21 de março de 1804. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso: 16 mar. 2016.

FRIEDMANN, Wolfgang. *El derecho en una sociedad en transformación*. Traducción de

Florentino M. Torner. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1966

FURUTBON, E.; PEJOVICH, S. Property rights and economic theory: a survey of recent literature. *Jour. Econ. Liter.*, n. 10, 1972, p. 1137-1162.

FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A cidade antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Edameris, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Andrea Leite Ribeiro de. Função social da propriedade e da posse. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Função social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 39-67.

GAMBARO, Antonio. Il diritto di proprietà. In: *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu-Messineo, continuato da Mengoni. Milano: Giuffrè, 1995.

_____. “La proprietà: beni, proprietà, comunione”. In: IUDICA, Giovanni. *Il diritto di proprietà*. Milano: Giuffrè, 1995.

_____. Note introduttive. *XXV Conferenza Internazionale dell'Osservatorio “Giordano Dell'Amore” sui rapporti tra diritto ed economia: Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI*. Milano: Fondazione Cariplo, 2012.

_____. La proprietà. I beni, vol I. In: *Trattato di diritto civile*, diretto da Iudica e Zatti, Milano: Giuffrè, 1995.

GERMANO, Alberto; BUGIANI, Cesare (a cura di). *La ricchezza della diversità. L'insegnamento del diritto agrario come strumento di cooperazione per lo sviluppo - Atti della Giornata di studio di studio, Università' di Roma, 9 dicembre 2008*. Milano: Giuffrè, 2009.

GEUSS, Raymond. *Beni pubblici. Beni privati. Origine e significato di una distinzione*. Traduzione di Marta Monterisi. Roma: Donzelli Editore, 2005.

GIANNINI, Massimo Severo. Basi Costituzionali della proprietà privata. In: *Politica e Diritto*, 1971. p. 443- 487.

GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado: la naturaleza de las asociaciones humanas*. Tradução José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904. Apud PEIXOTO, Ester Lopes. *A função social da propriedade: do CC/1916 ao CC/2002*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 10. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/7496/000546278.pdf?>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

GIUDICI, Gabriela. *La fondazione del diritto di proprietà: storia di un'idea dai padri della Chiesa a Locke*. Disponível em: <<http://gabriellagiudici.it/la-fondazione-del-diritto-di-proprieda-storia-di-unidea-dai-padri-della-chiesa-a-john-locke/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GORDON, Robert W. Paradoxical property. In: BREWER, John; STAVES, Susan. *Early moderny conceptios of property*. 2. ed. Oxford: Routledge, 1996.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *A propriedade e o direito internacional público* - Acta da aula de Prática Jurídica A Interdisciplinar I, dada pelo Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia. Disponível em: <www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/cfa_ma_2579.doc>. Acesso em: 11 jul. 2016.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GRECCHI, Luca. *Diritto e proprietà nella Grecia classica. Paralleli con il nostro tempo*. Pistoia: Petite Plaisance, 2011. Disponível em: <<http://www.petiteplaisance.it/libri/151-200/179/179.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

GRISOLETTO, Nicola. *Le "nuove proprietà" e i "nuovi beni" in una prospettiva costituzionale*. Tesi. Università degli Studi di Ferrara. Dottorato di Ricerca in Diritto Costituzionale, anni 2008-2011.

GROSSI, Paolo. *Assolutismo giuridico e diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1998.

_____. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli; Ricardo Marcelo Fonseca. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

_____. I beni: itinerari fra 'moderno' e 'pos moderno'. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè. dicembre. 2012. Anno LXVI. n. 4. p. 1059-1085.

_____. *Il dominio e le cose: percezioni medievale e moderne dei diritti reali*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 281-284.

_____. *L'inaugurazione della proprietà moderna*. Napoli: Guida Editori, 1980. p.20.

_____. Proprietà e contratto. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. Roma/Bari: Laterza, 2005.

_____. *L'ordine giuridico medievale*. Roma/Bari: Laterza, 2011.

_____. Il problema storico-giuridico delle proprietà collettive in Italia. In: *Atti del XXXI Incontro di Studi del Ce.S.E.T*, Sassari 14-15 settembre 2001, "Analisi degli aspetti economico-estimativi e giuridici delle terre soggette al diritto di godimento collettivo", Sassari: Stampacolor Sassari, 2002. p. 13-22.

_____. *Un altro modo di possedere*. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria. Milano: Giuffrè, 1977. p. 387.

GUEDES, Néviton. *Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

HARRIS, James W. *Property and justice*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

HARTMANN, IVAR A. M. Resenha de: Rechtsstaat und Umweltstaat: Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsverhältnisse. CALLIESS, Christian Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 10, jan-mar. 2010. Disponível em: <http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/10_%20Resenha_1.pdf >. Acesso em: 15 ago. 2016.

HEDEMANN, H. J. *Tratado de derecho civil*, v. II, Derecho Reales. trad. esp., Madrid, 1955, p. 55. Apud DE LOS MOZOS, Jose Luis. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradicion juridica*. Madrid: Edersa, 1993.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Coimbra: Almedina, 2012.

HONORÉ, Anthony Maurice. Ownership. In: SMITH, Patricia (edited by). *The nature and process of law: an introduction to legal philosophy*. Chapter four: The nature of property and the value of justice. Oxford: Oxford University Press, Clarendon Press, 1987. p. 370-375.

HOPPE, Hans Hermann. *A ética e a economia da propriedade privada*. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=200>>. Acesso em: 25 maio 2015.

IMPERIUM ROMANUM. Disponível em: <<http://www.romanoimpero.com/2010/06/limpero-bizantino.html>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè. 1999.

IRTI, Natalino. Note per uno studio sulla nomenclatura giuridica. In: _____. *Norme e fatti*. Milano: Giuffrè, 1984.

ITÁLIA. Codice Civile del Regno D'Italia. 1865. Disponível em: <http://www.notaio-busani.it/download/docs/CC1865_100.pdf >. Acesso em: 31 ago. 2016.

ITÁLIA. Codice Civile Italiano. 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib3.htm >. Acesso em: 08 jun. 2016.

ITÁLIA. Commissione Rodotà sui beni pubblici. Disponível em: <<https://www.giustizia.it/data/multimedia/2430.pdf> >. Acesso em: 01 jul. 2016.

ITÁLIA. Constituição (1942). *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf> >. Acesso em: 08 jun. 2016. Acesso em: 04 abr. 2016.

ITÁLIA. Legge 8 luglio 1986, n. 349. Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale. Disponível em:

<http://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/normativa/legge_08_07_1986_349.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2016.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentença n.º 216/2015. Disponível em: <https://www.unirc.it/documentazione/materiale_didattico/697_2011_1174_12172.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2016.

ITÁLIA. Corte Suprema di Cassazione. Sezione. 3. Penale. Sentenza, 2 maggio 2007, n. 16575.06 Apud LECCESE, Eva. Danno all'ambiente e danno alla persona. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=1Y5ifI9DR8QC&pg=PA144&lpg=PA144&dq=cassazione+9+aprile+1992+n.+4362&source=bl&ots=p3BcogkJDR&sig=xJNq6JQ5lknlCwo1lTp06CPGumI&hl=ptBR&sa=X&ved=0ahUKEwjgqomY1bvNAhXBhZAKHeZCCAsQ6AEIQzAH#v=onepage&q=cassazione%209%20aprile%201992%20n.%204362&f=false>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

ITÁLIA. Corte Suprema di Cassazione. Sentenza, 9 aprile 1992, n. 4362. Cf. PARDOLESI, Roberto; GRANIERI, Massimiliano. Oltre la funzione riparatoria delle responsabilità civile nella tutela ambientale. In: *Ambiente e Diritto*. II. Firenze: Leo S. Olschki. p. 532.

ITÁLIA. Corte Suprema di Cassazione. Sentenza, 19 de giugno 1996, n. 5650. Cf. PARDOLESI, Roberto; GRANIERI, Massimiliano. Oltre la funzione riparatoria delle responsabilità civile nella tutela ambientale. In: *Ambiente e Diritto*. II. Firenze: Leo S. Olschki. p. 532.

JOSSERAND, LOUIS. *Cours de droit civil positif français*. v. I. troisième édition. Paris: Librairie de Recueil Sirey, 1938. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6478170k/f15.item.r>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

JUNGES, José Roque. *(Bio)Ética ambiental*. Rio Grande do Sul: Editora Unisinos, 2010.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues; Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

KELLEY, Donald R. *The human measure: social thought in the western legal tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

KLOEPFER, Michael. Sobre o futuro Código Ambiental na Alemanha. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça* n.10, p. 46-57. jan./mar.2010.. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/10_Dout_Estrangeira_3.pdf>. Acesso: 18 jun. 2016.

KLOTZ, Gustave. *A cidade grega*. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita; Roberto Cortes de Lacerda. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 9, n. 33, p. 123-165, out-dez. 2015,

LEÃO XIII, Papa. Carta Encíclica “*Rerum Novarum*”. 1891. Disponível em : <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html> . Acesso em: 09 maio 2016.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexos causal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LOBRANO, Giovanni. A teoria da república (fundada sobre a “sociedade” e não sobre a “pessoa jurídica”) no Corpus Juris Civilis de Justiniano (Digesto 1.2-4)1. *Revista Sequência*, n. 59, p. 13-41, dez. 2009.

LO CASTRO, Gaetano. *Matrimonio, diritto e giustizia*. Milano: Giuffrè, 2003.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução de Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2014.

LOVATO, Andrea; PULIATTI, Salvatore; MARUOTTI, Laura Solidoro. *Diritto privato romano*. Torino: Giappichelli, 2014.

MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes a Locke*. Tradução de Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. p.13.

MADDALENA, Paolo. I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni. In: *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 19/2011. Disponível em: federalismi.it. Acesso em: 19 jun. 2016.

_____. *Relazione al Convegno di studi sul tema “Regole per il buon governo. La riforma della legge regionale toscana sul governo del territorio*. Firenze, 20 novembre 2013. Disponível em: <www.eddyburg.it>. Acesso em: 19 jun. 2016.

MANTINI, Pierluigi. *Lezioni di Diritto Pubblico dell’Ambiente*. Padova: Cedam, 1991.

MARCHI, Eduardo César Silveira Vila. Aspectos de direito público romano: as constituições políticas da realeza e da República. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 100, p. 3-19, jan.-dez. 2005.

MARELLA, Maria Rosamaria. Introduzione. Per un diritto dei beni comuni. In: *Oltre il pubblico e il privato: per un diritto dei beni comuni*. Verona: Ombrecorte, 2013. p. 17-19.

MARINELLI, Fabrizio. *Gli usi civici: aspetti e problemi delle proprietà*. Napoli: Jovene, 2000.

MARINELLI, Fabrizio. *Miti e riti della proprietà*. Aquila: L’Una, 2011.

_____. *Gli usi civici*. Milano: Giuffrè, 2013.

MARTÍNEZ, Fernando Rey. La propiedad privada en la Constitución española. Prólogo de Manuel Aragón. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 20, enero-abril, 1995, p. 239-244. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1252&IDA=35552>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

_____. El devaluado derecho de propiedad privada. In: *Persona y Derecho*, 55, 2006, p. 959-994.

MARTINEZ, Fernando Rey. Sobre la (paradojica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada. *Derecho Privado y Constitución*. n. 3, p. 176, mayo-agosto, 1994.

MARTINS, Ana Maria; ROQUE, Miguel Prata. *A tutela multinível dos direitos fundamentais: a posição do Tribunal Constitucional Português*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XVITrilateral/PONENCIA%20PORTUGAL.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2016.

MARTINS, João Luis Nogueira; MATTEI, Julia. Aspectos comparativos da proteção ambiental no Brasil e na Alemanha. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 34.2, p. 227-244, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12049/1/2014_art_jlnmatias.pdf>. Acesso: 18 jun. 2016.

MATTEI, Julia; BATISTA, João Luis. *Aspectos comparativos da proteção ambiental no Brasil e na Alemanha*. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12049/1/2014_art_jlnmatias.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2016.

MARX, Karl. *Das origens do Estado, da propriedade privada e da família*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_engels_origem_propriedade_privada_estado.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Alemán, tomo I, Buenos Aires: De Palma, 1895. Apud MARTINEZ, Fernando Rey. Sobre la (paradojica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada. In: *Derecho Privado y Constitución*. Número 3, mayo-agosto, 1994.

MAZZEI, Rodrigo Reis. A função social da propriedade: uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 377-410.

McCORMICK, John. *Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista*. Tradução de Marco Antônio Esteves; Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

MELNIK, Stefan. *Liberdade e propriedade*. São Paulo: Instituto Friedrich Naumann, 2009.

MÉXICO. Constituição (1917). *Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

MICELI, Vincenzo. *Il concetto della proprietà dal punto di vista filosofico e giuridico*. Aquila: Vecchioni, 1927.

MINOIS, George. *La ricerca della felicità: dall'età dall'oro ai giorni nostri*. Bari: Dedalo, 2009.

MISES, Ludwig von. *Ação Humana*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

MOCCIA, Luigi. Il modello inglese di proprietà. In: ALPA, Guido et al. *Diritto privato comparato: istituti e problemi*. Roma/Bari: Laterza, 2012.

_____. Sui limiti della proprietà privata nell'interesse collettivo (Un notevole caso di concordanza fra una decisione del Vernaccini del 1780 e una recente opinion di Lord Denning). In: *Il Foro italiano*. Parte quinta. Monografie e varietà. Roma, 1978. p. 57-64.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Têm os animais direitos?*. p. 10. Disponível em: <files.camolinaro.net/200000057-d2777d3710/Têm%20os%20animais%20direitos.pdf>. Acesso em: 23 ago.2016.

MONATERI, P. G.; SOMMA, Alessandro. *The fascist theory of contract: A comparative and historical inquiry into the darker side of contract law*. Cardozo Electronic Law Bulletin, feb. 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1347692>. Acesso em: 11 ago.2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Parte Geral. 16. ed, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1977. p.135.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondatt, Barão de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Editora Abril, 1973. (Coleção Os Pensadores).

MOREIRA ALVES. *Direito romano*, v. I. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1983.

MORIN, Gaston. *La révolte du droit contre le code: la révision nécessaire des concepts juridiques : contrat, responsabilité, propriété*. Paris: Sirey, 1945.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. O conceito de natureza e a reparação das externalidades ambientais negativas. In: *Fundamentos teóricos do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 1-28.

_____. O conceito de natureza e a reparação das externalidades negativas direito ambiental. In: MOTA, Mauricio (Coord.). *Fundamentos teóricos do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008. p. 1-29.

_____. Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino. *Revista Jurídica da Presidência*. v. 10, n. 92, p. 1-37, 2009 Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/210>>. Acesso em: 20 maio 2016.

_____. O contributo aristotélico para a formação do pensamento jurídico ocidental. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 281-307, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10804/8405>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

MUKAI, Toshio. A proteção do meio ambiente e o direito de propriedade sob a perspectiva da Constituição Federal. Palestra proferida no *II Seminário de Direito Ambiental Imobiliário*, organizado pela Procuradoria- Geral do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/ambiental3/painel1.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

NEBBIA, Giorgio. Scritti di storia dell'ambientalismo 1970-2013. (a cura di Luigi Piccioni). In: *I quaderni di Altrionovecento*. Numero 4. Brescia: Fondazione Luigi Micheletti, 2014.

NEGRO, Franco. *La storia economica e sociale della proprietà* (crisi o evoluzione del diritto di proprietà?). 4. ed. Bologna: Forni, 1970.

NIGRO, M. Giustizia amministrativa, Bologna: Il Mulino, 1979. p. 112-117. Apud ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Poteri dei privati e statuto della proprietà*. I. Oggetti, situazioni soggettive, conformazione dei diritti. Padova: Cedam, 1980.

OLIVEIRA, Álvaro Borges. Uma definição de propriedade. *Revista Pensar*, v.13, n.1, p.4-56, jan./jun. 2008.

ONU. Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Nosso futuro comum*-Relatório Brundtland. Disponível em: <http://www.micromacro.tv/pdfs/saber_mas_portugues/desenvolvimento_sustentavel/40o_conceito_de_desenvolvimento_sustentavel.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2011.

ONU. Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente (Estocolmo, 1972). Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

OST, François. *A natureza à margem da lei*. A ecologia à prova do direito. Lisboa: Fundação Piaget, 1995.

PALACIO, José Maria. *Concetto cristiano di proprietà*. Milano: Società Editrice Vita e Pensiero, 1937.

PATTI, Salvatore. *Ambiente e (tutela dell') nel diritto civile*. Estrato dal Digesto IV edizione. Torino: Utet, 1987.

PAVESE, Ateneo. *Corso di diritto romano del prof. Pietro Bonfante*: teoria della proprietà. Anno accademico 1909-1910. A cura di P. Ciapessoni. Pavia: Stab Tip. Caio Rossetti, 1910.

PELLERINO, Giovanni. *L'idea di proprietà*: storia come evoluzione. Lecce: Pensa Multimedia, 2004.

PENALVER, Eduardo M. Property, power and freedom. In: *XXV Conferenza Internazionale dell'Osservatorio Giordano Dell'Amore sui rapporti tra diritti ed economia*. Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI. Milano: Fondazione Cariplo, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direitos Reais. 19. ed., revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Revista e atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. São Paulo: Forense, 2005.

PEREIRA, Duarte Amorim. Contributo para a compreensão da figura do beneficiário da expropriação. In: *III Congresso de Direito Fiscal*. TEIXEIRA, Glória (Org.). Porto: Vida Económica. p. 104. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=H7IcAwAAQBAJ&pg=PA104&lpg=PA104&dq=acao+do+direito+de+propriedade&source=bl&ots=2arc0Tu5_o&sig=G_hkYdFrfsZa7j12Oyd7l-QgN1I&hl=pt->

BR&sa=X&ved=0ahUKEwjCsY7hwNrOAhWCgZAKHbwdAfoQ6AEIHDA#v=onepage&q=ablacao%20do%20direito%20de%20propriedade&f=false>. Acesso em: 24 ago. 2016.

PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della "proprietà"*: collana lezioni della Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino, 1. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1971.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Renovar: Rio de Janeiro, 1999.

PERNICE, Ingolf. *El constitucionalismo multinível en la unión europea*. Traducido del inglés por Cristina Elías Méndez, 2016. Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/17_PERNICE.htm>. Acesso em: 07 mar. 2016.

PESCH, Heinrich Fr. *Ethics and the National Economy*. Translated and with an introduction by Dr. Rupert Ederer. Norfolk: IHS Press, 2004.

PILATI, José Isaac. Função social e tutelas coletivas: contribuição do Direito Romano a um novo paradigma. *Revista Sequência*, v. 26, n. 50, p. 49-69, jul. 2005.

_____. *Propriedade e função social na Pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIO XI, Papa. Carta Encíclica *Quadragesimo anno*. 1931. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html>. Acesso em: 09 maio 2016.

PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves; Carlos Alberto Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. v. 11. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PORTALIS, Jean Étienne Marie. Discurso Preliminar del Código Civil Francés. Reseñas Bibliográficas. In: *Derecho al Día*. Año III, Edición 54. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/resenas-bibliografica/discurso-preliminar-del-codigo-civil-frances/+365>. Acesso em: 22 mar. 2016.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_2.1.2.html>. Acesso em: 05 mar. 2016.

PORTUGAL. Lei n.º 11/1987, de 07 de abril de 1987. Disponível em: <<http://www.iapmei.pt/acessivel/iapmei-leg-03.php?lei=162>>. Acesso: 02 set. 2016.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 491, de 26 de novembro de 2002. Relator: Cons. Paulo Mota Pinto. Lisboa. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020491.html>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 374, de 15 de julho de 2003. Relator: Cons. Mário Torres. Lisboa. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030347.htm>> 1. Acesso em: 25. jun. 2016.

POZZO, Barbara. Ambiente e Diritto Privato. In: GRASSI, Stefano; CECCHETTI, Marcelo; ANDRONIO, Alessandro. (a cura di). *Ambiente e Diritto*. II. Fondazione Carlo Marchi – Quaderni 3: Leo S. Olschki, 1999. p. 447-526.

_____. La tutela dell'ambiente nelle Costituzioni: profili di diritto comparato alla luce dei nuovi principi introdotti dalla Carta de Nizza. In: POZZO; Barbara; RENNA, Mauro. *L'ambiente nel nuovo titolo V della Costituzione*. Milano: Giuffrè, 2014. p. 3-26.

_____. Il criterio di imputazione della responsabilità per danno all' ambiente nelle recenti leggi ecologiche. In: TRIMARCHI, Pietro (a cura di), Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente. Milano: Giuffrè, 1994. Apud ALPA, Guido; FUSARO, Andrea (a cura di). *Le metamorfosi del diritto di proprietà*. Matera: Antezza, 2014.

_____. Modelli proprietari e tutela dell'ambiente. *Rivista Critica di Diritto Privato*. Anno XV. n.1. p.137-138..marzo 1997. Napoli: Jovene Editore.

_____. Ambiente e diritto privato. In: *Ambiente e Diritto*. II. A cura di Stefano Grassi; Marcelo Cecchetti (et. altri). Leo S. Olshki: 1999. p. 463.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1980.

PROUDHON, Pierre-Joseph. "*O que é a Propriedade*". 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1975.

PUGLIATTI, Salvatore. *Beni e cose in senso giuridico*. Milano: Giuffrè, 1962.

PUGLIATTI, Salvatore. La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera), In: _____. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1954.

PUGLIESE, Giovanni; SITZIA, Francesco; VACCA, Letizia. *Istituzioni di diritto romano*. 3. ed. Torino: Giappicchelli, 1991.

QUETGLAS, Francisca López. El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión). In: *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXXIX (2006), 335-362.

RAGO, Pasquale. *L'ambiente come nuovo diritto fondamentale della persona nella futura Costituzione Europea*. Disponível em: <http://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina%202004/ambiente_nuovo_diritto_rago.htm> Acesso em: 21 jun. 2016.

RAMOS, Marcos Erasmo. *Direito Ambiental Comparado (Brasil- Alemanha- EUA): uma análise exemplificada dos instrumentos brasileiros à luz do direito comparado*. Maringá: Midiograf II, 2009.

RAMPAZZO, Lino. Propriedade capitalista versus propriedade humana: a reflexão de Santo Tomás retomada por Mounier. In: *PublicaDireito*. p. 396-421. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1e9b64527e41c736>>. Acesso em: 09 maio 2016.

RENNER, Karl. Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale. Trad. C. Mittendorfer. Milano: Il Mulino, 1981. p. 199. Apud PELLERINO, Giovanni, *L'idea di proprietà*. Lecce: Pensa Multimedia, 2004. p. 186.

RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. 11. ed. Napoli: Jovene, 1997.

_____. Per uno studio sulla proprietà. *Rivista di diritto civile*, 1, p. 1-67, 1972.

REVISTA do Superior Tribunal de Justiça. v. 38, ano 27, abril-maio-junho 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-electronica-2015_238.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2016.

RINALDI, Francesco. *Proprietà privata, beni pubblici e "beni comuni"*. Disponível em: <http://www.dirittifondamentali.it/unicas_df/attachments/article/296/Rinaldi_proprietà%20privata,pubblici,comuni.pdf>. Acesso em: 10 maio 2015.

RITTSTIEG, Helmut. *La proprietà come problema fondamentale*. Tradução de Enrico Caterini et al. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz, A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 938, p. 79-155, dez. 2013.

ROCHA, Carolina Medeiros. *O STF e o Meio Ambiente: A Tutela do Meio Ambiente em sede de Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2013. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. f. 56-59. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-05122013-154012/pt-br.php>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni*. Bologna: Il Mulino, 2013.

_____. Poteri dei privati e disciplina della proprietà. Il diritto privato nella società moderna. Bologna, 1977, pp. 356-365. In: ALPA, Guido; FUSARO, Andrea. *Metamorfosi del diritto di proprietà*. Antezza: Matera, 2011.

_____. Proprietà (Diritto vigente) In: *Novissimo Digesto Italiano*. Turim: UTER, 1967. p. 125-146.

ROMA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 04 de novembro de 1950, com as modificações introduzidas pelos Protocolos nos 11 e 14, acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos nos 4, 6, 7, 12 e 13. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2016.

ROMANGUERA, Manuel Vte Febrer. El concepto de propiedad inmueble e nel derecho comun y su influencia en los fueros valencianos. *Glosae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, n. 5-6, 1993-94, p. 391. Disponível em: <[https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/27899/1/19-](https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/27899/1/19-El%20concepto%20de%20propiedad%20inmueble%20en%20el%20Derecho%20Común%20y%20su%20influencia%20en%20los%20fueros%20valencianos.pdf)

[El%20concepto%20de%20propiedad%20inmueble%20en%20el%20Derecho%20Común%20y%20su%20influencia%20en%20los%20fueros%20valencianos.pdf](https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/27899/1/19-El%20concepto%20de%20propiedad%20inmueble%20en%20el%20Derecho%20Común%20y%20su%20influencia%20en%20los%20fueros%20valencianos.pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2015.

ROMEO, Stefania. *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano: tra giurisprudenza e prassi*. Milano: Giuffrè, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Rolando Roque da Silva. Ed. Ridendo Castigat de Moraes. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso: 25 maio 2016.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*. v II. Direitos de família. Direitos reais e posse. Tradução da 6a.edição italiana, com notas remissivas aos Códigos Civis Brasileiro e Português pelo Dr. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1958.

RÚSSIA. *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado*, de 04 de janeiro de 1918. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>>. Acesso em: 09 maio 2016.

SANTANA, Lucas da Silva. *A propriedade privada e sua função social: uma análise da situação proprietária*. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Programa de Pós- Graduação em Direito. Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Lei fundamental da Alemanha nos seus 60 anos e o Direito Constitucional Brasileiro: algumas aproximações. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. n. 7, abr.-jun., 2009. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/7_Artigo_4.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2016.

SCHULZ, Fritz. *Principios del derecho romano*. Tradução do original alemão *Prinzipien des römischen Rechts*, de 1934. 2. ed. Madrid: Civitas, 2000.

SCIALOJA, Vittorio. Diritti reali. In: DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil: Direitos de família. Direitos reais e posse*. Tradução da 6a. edição italiana, com notas remissivas aos Códigos Civis Brasileiro e Português pelo Dr. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1958.

SCIALOJA, Vittorio. *Teoria della proprietà nel diritto romano: lezioni ordinate, curate e edite da Pietro Bonfante*, v. 1. Roma: Attilio Sampaolesi, 1928.

SCOZZAFAVA, Oberdam Tommaso. I beni. In: *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato diretto da Pietro Perlingieri*, III, 1. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

_____. *Studi sulla proprietà*. Torino: Giappichelli, 2014.

SEVERO, Massimo. Ambiente: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici. *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*. 1. p. 1-39. Milano: Giuffrè, 1973.

SFORZA Cesarini, Widar. Proprietà ed espropriazione. *Educazione fascista*, II, 1929, p. 108-121. Apud D'URSO, Francesco. *Un dibattito di primo Novecento*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012.

SICA, Annaflora. *Insegnamento di Diritto Privato Comparato*. Lezione XII. Tipicità ed atipicità del fatto illecito nei sistemi di Civil Law. Disponível em: <http://www.unipegaso.it/materiali/LMG-01/annoIII/PrivatoComparato_Sica/ModXII/Lezione_XII.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.

SILVA FILHO, Carlos da Costa. O princípio do poluidor-pagador: da eficiência econômica à realização da justiça. In: MOTA, Mauricio (Coord.). *Fundamentos teóricos do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 87.

SOLARI, Gioele. *Filosofia del Diritto Privato - Individualismo e Diritto Privato*. Giappichelli: Torino, 1950.

SPAREMBERGUER, Raquel Fabiana Lopes. A relação homem, meio ambiente, desenvolvimento e o papel do direito ambiental. In: *Veredas do direito*, v. 2, n. 4, p. 81-99, jul-dez 2005.

STOLFI, Emanuele. *Introduzione allo studio dei diritti greci*. Torino: Giappichelli, 2006. Enrico Finzi: Il Contributo italiano alla storia del Pensiero. In: *Treccani Enciclopedia – Diritto* (2012). Disponível em: <[http://www.treccani.it/enciclopedia/enrico-finzi_\(Il_Contributo_italiano_alla_storia_del_Pensiero:_Diritto\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/enrico-finzi_(Il_Contributo_italiano_alla_storia_del_Pensiero:_Diritto))>. Acesso em: 17 maio 2016.

_____. *Studi in onore di Remo Martini*. Milano: Giuffrè, 2009. p. 971-1059. (Collana di Studi “Pietro Rossi”, v. 3).

TARELLO, Giovanni. La disciplina costituzionale della proprietà: Lezioni introduttive. In: _____. *Corso di diritto civile 1972-73*. Genova: Ecig, 1973.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 336-337.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n.6, p. 101-119, jun. 2005.

_____. *O papel do Judiciário na efetivação da função social da propriedade*. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca5.pdf>>. Acesso em: 15. jun. 2016.

THOMAS, Yan. *Il valore delle cose*. A cura di Michele Spanò. Macerata: Quodlibet, 2002.

THOREAU, Henry David. *Walden, ou, A vida nos bosques*. Tradução de Astrid Cabral. 7. ed. São Paulo: Ground, 2007. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/hdtwoavnb.pdf>>. Acesso em: 15. jun. 2016.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015.

TOMMASO, D'Aquino (San). *La Somma Teologica*. Bologna: Studio Domenicano, 1996.

TOMAS DE AQUINO. *Suma teológica*. Questão 66. Disponível em: <<http://hjpg.com.ar/sumat/a/c66.html>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

TRATADO sobre o funcionamento da União Europeia, com a redacção final dada pela Acta de Rectificação assinada em Roma, em 27 de Novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Lisboa/tratados-TUE-TFUE-V-Lisboa.html>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. Rev. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VESTO, Aurora. *I beni dall'appartenenza egoistica alla fruizione sociale*. Torino: Giapichelli, 2009.

VILLEY, Michel. *Direito romano*. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora, 1995. (Coleção Resjurídica).

_____. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VITORIA, Ignacio García. *Prohibiciones ambientales y libertad de empresa*. Tesina dirigida por D. Javier García Roca, catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid. Facultad de Derecho. p. 12. Disponível em: <<http://eprints.ucm.es/11356/1/Tesinacompleta.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

VOCABOLARIO Online Treccani. Disponível em: <<http://www.treccani.it/vocabolario/proprieta/>>. Acesso em: 11 jul. 2016.

WALDRON, Jeremy. *The right to private property*. Clarendon Press: Oxford, 1988.

WEBER, Max. *História agrária romana*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

WHITE JR, Lynn. The historical roots of our ecological crisis. In: *Science*, v. 155, n. 3767, p. 1203-1207, março 1967. Disponível em: <<https://www.uvm.edu/~gflomenh/ENV-NGO-PA395/articles/Lynn-White.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher. *O Estado de Direito SocioAmbiental: ponderações acerca da judicialização das políticas públicas ambientais e da atuação do Poder Judiciário*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_estado_de_direito_socioambiental_e_a_governaca_ambiental_ponderacoes_acerca_da_judicializacao_das_politicas_publicas_ambientais_e_da_atuacao_do_poder_judiciario.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2016.

WORSTER, Donald. *Storia delle idee ecologiche*. Bologna: Il Mulino, 1994.

ZACHARIAE, C. S. *Corso di diritto civile francese*. Napoli: Tipi di Giuseppe Carluccio, 1846. p. 225. v. 1. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=WGLE2mubBDkC&pg=PA225&lpg=PA225&dq=le+gge+del+28+settembre+del+1791+francia&source=bl&ots=WAlJkkj-BT&sig=da0sUMp9TGPIxkhMayV8_c0yeWw&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwivicqsx47NAhUJNSYKHYJkA_sQ6AEIPzAF#v=onepage&q=le+gge%20del%2028%20settembre%20del%201791%20francia&f=false>. Acesso em: 04 jun. 2016.

ZATTI, Paolo. *Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1990.