

## DOCTRINAS

# OBSERVAÇÕES SÔBRE O DIREITO DE PROPRIEDADE

*PROF. ALVARO COSTA*

Catedrático de Direito Civil

Estamos em um tempo em que a propriedade — idéia e instituição ao mesmo tempo — cuja história pode ser um critério para a história mesma da civilização — está submetida às vicissitudes mais duras por que tem passado em todos os tempos. RENÉ THÉRY parte da constatação de que, na Constituição de 1846, cuidaram os seus compatriotas franceses de inserir a consagração de certo número de instituições particularmente essenciais ao nosso tempo: mas, entre essas instituições, não se encontra a propriedade privada. Não é que considerassem supérflua a declaração, como sempre o entenderam, relativamente aos ideais da igualdade e da liberdade, os quais, a seu ver, se inferiorizariam, se carecessem da vontade do legislador para se imporem às consciências. Não. A propriedade privada não era dessas instituições superconstitucionais. Pelo contrário — atesta o mesmo RENÉ THÉRY — a propriedade privada considerou-se instituição que entrava o progresso e o desenvolvimento do homem. Não será necessário ir muito longe para constatar-se o



desapreço constitucional. O mesmo já fizera o legislador brasileiro de 1937. É certo que, nessa Carta, o direito de propriedade figurava entre os direitos fundamentais; mas o seu conteúdo, os seus limites — esclarecia o art. 122 — seriam definidos pela lei ordinária. Ora, se não pode haver dúvida de que um direito se define exatamente por seu conteúdo e seus limites, o deixar-se à lei ordinária a definição desses limites e dêsse conteúdo é o mesmo que recusar-lhe a segurança constitucional. Mas as Constituições mesmas, quando consagram o direito à propriedade privada, não elevam a instituição a grande altura; porque o que está em jogo não é a letra, ou a palavra, mas o conceito mesmo, a substância da propriedade privada.

Na doutrina, as cousas não se passam diferentemente. A propriedade não produz direitos, mas deveres — exclama DUGUIT, que, de resto, não admite direitos subjetivos, mas unicamente faculdades destinadas a cumprir funções sociais. JOSSERAND erige em sistema a relatividade de todos os direitos, dando à teoria do abuso do direito significação até agora não superada. O professor GASTON MORIN passa em revista crítica o estado da propriedade no mundo latino, para concluir, não sem tristeza, que os dias modernos marcam o declínio da propriedade privada. Por tôda parte lavra a luta contra a propriedade privada, com a proclamação de que a mesma está em vias de desagregação. Ainda não se chegou à socialização; mas, por inúmeras vias, caminha-se decididamente para ela. Citam-se, a propósito, a socialização da responsabilidade civil; a criação, legislativa ou jurisprudencial, de novos direitos reais, estranhos ao quadro do direito clássico; as inúmeras restrições aos direitos do proprietário, e, o que será mais significativo, a geral tolerância para com as intervenções do Estado no domínio privado, até a nacionalização das emprêsas particulares.

Tal é, em linhas gerais, a descrição atual do direito à propriedade privada, como a vêem escritores eminentes. As inspirações são de origem diversa. Mas a crise da propriedade —



acordam todos — é o conflito dinâmico entre a função social e a função individual da propriedade, — duas tendências que se vêm superando, artificialmente, por uma transação entre os extremos, em que a instituição se desfigura, com feição em que se amortece ou se ignora a sua função individualista.

### *INTERPRETAÇÃO DAS TRANSFORMAÇÕES DA PROPRIEDADE PRIVADA*

Deante dêsse quadro, realmente impressionante, a porção responsável da nossa trêfega humanidade enche-se de sobressaltos. Está-se habituando a ver construídos a paz e o equilíbrio da sociedade sôbre essas colunas mestras, que os tempos edificaram pacientemente: a liberdade, a família, a propriedade privada, o estado democrático. Arremete-se agora furiosamente contra essa outrora confiada e tranqüila fortaleza, onde costumavam abrigar-se e encontrar acolhimento as esperanças da humanidade ansiosa.

Tôda sociedade, por mais rudimentar que seja, há de governar-se por alguns princípios. Há-os fatais, invioláveis, necessários, a cujas imposições não é possível fugir. Pode o homem desconhecê-los ou ignorá-los, mas nem por isso estará menos sujeito ao seu império. Outros, porém, têm forte colorido humano, emocional ou inteligente. As degradações da inteligência ou da vontade são doenças que afetam a êsses princípios. Sua operância requer utilidade intrínseca, mas, sobretudo, a crença humana nessa utilidade.

Se existe, em nossos dias, crise das instituições, ela será, antes, uma crise de fé nas instituições. E quando se contempla o mundo presente, com suas desigualdades, as suas injustiças, as suas fraquezas, é-se levado a pensar que estas mazelas são devidas à organização mesma da sociedade, já que nenhum de nós quer admitir sua própria responsabilidade. Ninguém ousa ao



menos indagar se os males nos vêm, com efeito, em virtude daquelas instituições, ou se na verdade o mal acontece apesar das mesmas instituições. Quando se descreve um quadro pessimista do estado atual da família, da propriedade ou do regime democrático, contribui-se com grande parcela para o enfraquecimento da crença, que é o elemento vitalizador dos princípios. Por isso, é tarefa de maior monta refletir sobre o resultado daquelas críticas, para ver, em primeiro lugar, se elas têm adequada correspondência com a realidade; depois, examinar qual o valor essencial dos princípios tradicionais e que podemos fazer para seu revigoração ou definitivo abandono.

### *AS TRANSFORMAÇÕES DA PROPRIEDADE*

Entre os que vêm, no mundo de hoje, a decadência da propriedade, é costume remontar aos primórdios do Código Napoleão, que é, como se sabe, a fonte aonde vai abastecer-se a formação do sistema jurídico dos povos ocidentais. Jurisconsultos da maior autoridade, como AUBRY ET RAU, definiam assim a propriedade privada no Código Civil: "A propriedade privada é o direito em virtude do qual uma coisa é submetida de maneira absoluta e exclusiva à ação e à vontade de uma pessoa". Deduzindo-se daí que o proprietário, soberano sobre a coisa, é irresponsável no exercício de seu direito. Soberania e irresponsabilidade seriam noções interdependentes, sendo o direito de propriedade, assim, direito exclusivo, não podendo sofrer direito concorrente sobre a coisa que lhe serve de objeto. Era - diziam - um caráter de exclusividade essencial ao Código, fiel à concepção revolucionária, que suprimira definitivamente todos os direitos feudais, isto é, todos os encargos que, ainda no século XVIII, oneravam a propriedade. Na concepção medieval, a propriedade repartia-se entre várias pessoas, sob as denominações de domínio eminente do Estado, domínio direto do suzerano e domí-



nio útil do vassalo. Mas a revolução tinha suprimido essa dissociação da propriedade, restabelecendo a concepção da propriedade romana, unitária, segundo a qual a terra não teria mais que um senhor.

Ora, — dizem — o fato mais evidente do direito moderno é que a propriedade volta a desmembrar-se, perdendo, assim, aquela característica unitária com que a revolução a tinha selado. Ao mesmo tempo, se a propriedade perdera o seu caráter de exclusividade, por outro lado já não lhe podemos vislumbrar o sinal de faculdade absoluta de gozar e dispôr da coisa possuída, segundo a vontade ou o arbítrio do proprietário. Nos dias presentes — assinalam — a propriedade está desmembrada: ao lado de seu titular se vêm juntar outros titulares, possuidores, quase proprietários, estranhos à relação originária entre o dono e a coisa. Mas não só a propriedade privada se desmembra, mas a vontade mesma do proprietário limita-se de mil maneiras, através de intervenções consideradas legítimas do Estado. Eis aí — asseveram — o sinal primeiro da decadência substancial da propriedade privada.

Ninguém, porém, tem o bom senso de examinar se, no sistema do Código Civil, a propriedade possui realmente aquelas prerrogativas de faculdade exclusiva e absoluta, capazes de impedir o uso concorrente ou restrições ao exercício dos poderes do proprietário. A verdade é que, nos arts. 544 e 545, o Cód. Civil francês considerava a propriedade como o direito de gozar e dispôr das coisas de maneira a mais absoluta; *mas como os homens vivem em sociedade* — acrescentava PORTALIS — *não têm o direito de contravir as leis que a regulam.* Essa restrição estava expressa no art. 544: “A propriedade é o direito de gozar e dispôr das coisas da maneira mais absoluta, *contanto que o seu exercício não constitua uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos.*”

Os próprios AUBRY ET RAU, que não aludiram, na sua definição, às restrições que as leis e os regulamentos podiam



impôr ao exercício da propriedade, estudaram com detalhe essas restrições, dedicando-lhes um capítulo inteiro do seu "Curso", sob o título: "*Das restrições e dos limites aos quais está submetido e se circunscreve o direito de propriedade*".

No que toca ao nosso direito, jamais se considerou a propriedade direito absoluto, pelo menos na técnica do Código Civil, o qual declarou apenas assegurar ao proprietário o direito de usar, gozar e dispôr de seus bens e de reavê-los de quem os detivesse. Mas as restrições ao seu exercício são inúmeras, desde o direito de constituir, a subordinação aos regulamentos administrativos, à consagração das servidões legais, que se impõem mesmo contra a vontade do proprietário. Consagrada já estava, no art. 160, n. II, a teoria do abuso do direito, de aplicação constante, sobretudo em matéria de direito de propriedade. Não falemos das restrições decorrentes da vizinhança; mas assinalemos que já a antiga Lei de Introdução subordinava a eficácia dos atos jurídicos à sua conformidade com a ordem pública e os bons costumes. Não havia, portanto, nada de absoluto no direito de propriedade, em face do direito brasileiro.

No direito francês, mesmo, a palavra *absoluta*, relativa ao uso da propriedade, era apenas uma palavra, cujo significado deve referir-se às condições especialíssimas do tempo. Aquela ênfase era um grito de vitória contra uma ordem de cousas que se fôra, mas, evidentemente, não tinha, na intenção, o conteúdo que parecia manifestar-se no verbo. É que, da mesma maneira que, proclamando a igualdade, o direito revolucionário jamais pretendeu tornar os homens iguais entre si, mas somente excluir os privilégios da nobreza, assim também a declaração entusiástica da propriedade absoluta era apenas a consagração de um fato consumado antes de 1789 e que era a abolição das prerrogativas chamadas *eminentes*, do senhor feudal, em proveito do proprietário camponês.



*A PROPRIEDADE NA IDADE MÉDIA*

Realmente, o feudalismo baseava-se em um regime de propriedade vinculada, a saber, o mesmo objeto possuía vários proprietários, subordinados uns aos outros, com poderes mais ou menos extensos. A princípio subsistiam os alódios, que constituíam domínio pleno. Mas, ao lado desse tipo de propriedade, predominam o feudo e os *benefícios*. Mal se tinham fixado os bárbaros no antigo território romano, cuidaram eles de reabilitar a terra empobrecida e defendê-la de novas invasões. Para isso, confiaram o solo conquistado, sob compromisso de fidelidade e prestação de serviço militar, aos capitães vencedores. Estes senhores, chamados suzeranos, confiavam a exploração das terras, à sua vez, a novos dependentes, — os vassallos. Conservam aquêles o domínio eminente, poder jurisdicional, e êstes o poder de exploração econômica. Eram os feudos, cuja posse conferia ao proprietário títulos de nobreza. A êsses senhores vai logo submeter-se o proprietário alodial: naqueles tempos perturbados, a segurança era o maior bem e, para obtê-la, o proprietário alodial consentia em ceder sua propriedade, que lhe era devolvida a título de *benefício*. Abaixo dos senhores e dos vassallos, os servos da gleba, ou de mão morta, assim chamados porque nada podiam possuir. Mas, em pleno feudalismo, conservaram-se vestígios de antiga instituição germânica — a comunidade familiar — como entidade econômica. Geralmente, — diz LE FÈBVRE, citado por D'AGUANNO, — o feudatário se conservava herdeiro de todos os servos e corporações de mão morta que lhe eram submissos. Mas sendo ( a êsses servos) permitido reünirem-se em comunidades, acontecia que, estabelecidas essas associações, os seus membros se sucediam uns aos outros, e somente com a morte do último associado os capitais acumulados por eles passavam à mão do senhor.

São essas as comunidades que vão constituir, mais tarde, os municípios; será com elas que os reis procurarão aliar-se,



na luta contra os nobres; serão elas, afinal, que se erguerão acima do absolutismo, quando delas saírem os cidadãos que, libertos de contribuir com o censo para os nobres, também se recusarão a fazê-lo em favor do rei.

Fica entendido, pois, em que consistia a propriedade absoluta proclamada pela revolução francesa: era o direito de não pagar dízimos ao soberano; era a não vinculação do proprietário a algum senhor; mas não era, de forma alguma, o poder de subtrair-se a qualquer restrição que a lei ou o regulamento viessem a estabelecer, fundados nas exigências do bem comum.

### DEMOCRATIZAÇÃO DA PROPRIEDADE

O ilustre professor ORLANDO GOMES, em trabalho inserto em o último número de nossa "Revista" e que também se encontra na "Revista Forense", alude ao processo de desmembramento da propriedade, que se verifica nos tempos modernos, como um processo de democratização da mesma.

Não se deve nada opôr a essa denominação; mas o fato não é novo e antecede à revolução francesa, e continúa com ela e depois dela.

Vimos que, na Idade Média, o desmembramento da propriedade, ou a concorrência de vários proprietários sôbre a mesma cousa, encontrou termo adequado na revolução francesa, a qual, entretanto mais não foi segundo o insuspeito TAINÉ, que "uma translação da propriedade".

Mas a co-existência de vários proprietários sôbre o mesmo objeto, no regime feudal, é questão de nomenclatura. Chamar de propriedade ao domínio *eminente* do rei sôbre os feudos autoriza-nos também a dar o mesmo título ao poder jurisdiccional que o Estado exerce sôbre todo o território do país. Se era propriedade a utilização que a comunidade dos servos da gleba fazia das terras feudais, por que se haverá de recusar o nome



de propriedade ao direito de retenção? Ora, o que muda, com a revolução francesa, não é a concorrência de vários proprietários sobre o mesmo objeto; trata-se, nada mais, nada menos, de um apuramento da técnica, que passa a adotar nomenclatura apropriada a cada uma forma de utilização da propriedade por sujeitos distintos. Em suma, toda forma de utilização denominava-se indiscriminadamente de propriedade; com a revolução francesa e depois dela refina-se a terminologia, mas a essência do fato permanece a mesma. Um bem de raiz adquirido a título de enfiteuse é dado em fideicomisso (dupla propriedade); o fiduciário o dá em usufruto; o usufrutuário, por sua vez, o cede em locação. São titulares diversos a exercer direitos distintos sobre o mesmo móvel; é um desmembramento da propriedade; mas o fato é por demais remoto e não há novidade a assinalar. Conclui-se daí que o desmembramento da propriedade não corre parelhas com a evolução da própria instituição; é, pelo contrário, como um fenômeno ínsito nela e não se haverá de encontrar, aí, indício do seu declínio, do seu desprestígio ou de sua decadência.

Na realidade, seja por força das cousas, seja por exigência da solidariedade, a propriedade é naturalmente submetida a êsses desmembramentos, sem com isso comprometer-se a sua vitalidade. Ao invés, o valor e a dignidade dela consistem em permitirem a satisfação de necessidades concorrentes e a múltiplas satisfações das gentes. A natureza das cousas impõe êsse desmembramento. A solidariedade o exige. Basta ver que um indivíduo não será capaz de bastar-se a si próprio. Por isso, é natural que o proprietário, que aluga o seu imóvel, dê usufrua as rendas e o inquilino a habitação; que o detentor de recursos financeiros os confie ao banqueiro e êste os transmita ao produtor, todos retirando o seu proveito à custa de um mesmo objeto. Mas essa multiplicação de utilidades não é só produto da solidariedade humana ou da natureza das cousas; a técnica também realiza o desmembramento, descobrindo a cada dia



novas utilidades, para colocá-las à disposição das necessidades humanas.

Um dia, o investigador descobre uma utilidade desconhecida: é uma riqueza nova que se põe à disposição do homem. A ciência progride, a educação se expande, e, progressivamente, a criatura humana domina a inércia, para dela servir-se. Antes, certa nesga de terra comportava uma simples habitação; agora, a técnica lhe descobre novas utilidades, e, firmando-se em garras de cimento e pedra, ergue para o alto uns braços de aço em que sustenta novas habitações. Ao mesmo tempo, a técnica encontra meios de aprofundar-se no sub-solo, donde vai extrair reservas incomensuráveis de energia. E assim o trabalho humano faz uma mesma cousa multiplicar-se em novas utilidades, a que o homem vem, sequioso, dessedentar as suas necessidades. A propriedade desmembra-se, democratiza-se.

Será êsse um sinal de decadência, um caminho aberto à socialização da propriedade?

Não há como confundir. A utilidade das cousas existe somente em função de uma necessidade. Necessidade-utilidade é conceito unitário, incindível. A propriedade privada de uma cousa não se exclui pela apropriação, que nela se fizer, discriminadamente, das suas várias utilidades. Em outras palavras, cada objeto é um conjunto de utilidades-necessidades e haverá propriedade privada sempre que o gozo dessas utilidades tiver caráter exclusivo.

A exclusividade, que caracteriza a propriedade privada, não é a da cousa em si mesma, mas de cada uma das aptidões úteis da mesma cousa. Haverá, pelo contrário, propriedade socialista, quando cada uma dessas aptidões úteis estiver à disposição de muitos, ou de todos. A propriedade privada gaba-se de títulos de nobreza quando atende à exclusividade do uso, multiplicando as utilidades da cousa, pondo cada uma à disposição de um



sujeito diferente. A propriedade socialista, ao contrário, julga enobrecer-se pondo a coisa, ou cada uma de suas utilidades, à disposição indiscriminada de muitos ou de todos.

Mas o desmembramento da propriedade, que ora se observa, está longe de conduzir à socialização. As intervenções do Estado, no que têm de mais significativo e constituindo exceção às regras da propriedade privada, não são tendências para a socialização. São confiscos, não em benefício da coletividade, mas do próprio Estado, da sua fazenda, da sua personalidade. Em tudo, portanto, o que se vê é um caminho oposto à propriedade socialista.

Resumindo, temos dito que os modernos, via de regra, examinam o estado atual da propriedade para concluir que, seja pelas restrições impostas ao proprietário, seja pela extensão dos seus benefícios a pessoas originariamente estranhas à relação *pessoa-coisa* — a propriedade ocidental está em decadência e caminha para a solução socialista. Submetemos à crítica essa crítica; e concluímos, à nossa vez, que as restrições à propriedade são comuns a todos os direitos e que jamais se considerou a propriedade privada insuscetível de limitações. Por outro lado, o desmembramento da propriedade, que se indica alhures como sinal de socialismo, é fato natural, que acompanha inatamente o processo democrático da evolução. Distinguimos os caracteres da propriedade privada e da propriedade socialista e vimos como o estado atual da instituição não indica nem tem nada a ver com o socialismo.

Agora, seria o caso de prosseguir, estudando o pseudo conflito entre o conteúdo social e o conteúdo individual da propriedade: examinar o problema da concorrência entre os direitos novos e a propriedade privada; as injustiças da propriedade e as reformas que seria de introduzirem-se em nosso direito civil, no tocante à matéria.



Conquanto interessantíssimo, êsse ponto é extranho aos nossos objetivos. Não faltará, todavia, oportunidade e ocasião de proseguirmos nêsse diálogo. Então saltará claro que não existe luta contra a propriedade privada, mas luta pela propriedade privada. (1)

---

1 — Extraído da aula inaugural, proferida na abertura do ano letivo de 1954, na Faculdade de Direito do Ceará.