



FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: A PROPRIEDADE EM TOMÁS DE AQUINO

*Mauricio Mota*¹ - UERJ.

Resumo: No presente texto, o autor analisa o conceito e os fundamentos teóricos da função social da propriedade à luz do pensamento de Tomás de Aquino, e, de modo secundário, em Aristóteles. Descendo dos aspectos filosóficos a questões mais práticas, ele também volta o olhar para a decisão do Superior Tribunal de Justiça em um caso envolvendo a posse da terra em uma favela (Favela do Pullman) localizada no Estado de São Paulo, buscando novas formas de interpretar esta decisão de acordo com as teorias da justiça e da propriedade dos dois filósofos mencionados.

Palavras-chave: Propriedade, Função social, Tomás de Aquino

Abstract: In the present text, the author analyzes the concept and the theoretical foundations of social function of property in light of the thought of Thomas Aquinas, and in a secondary way, of Aristotle. Going from the philosophical aspect to more practical matters, he also glances at the decision of Brazilian Superior Court of Justice in a case involving the tenancy of land in a slum (Favela do Pullman) located in the Brazilian state of São Paulo, looking for new ways of interpreting this decision according to the theories of justice and property in the two aforementioned philosophers.

Keywords: Propriety, Social Function, Thomas Aquinas

Sumário: 1. Introdução. 2. Um caso paradigmático: a prevalência da posse com função social sobre a propriedade sem função social na favela do Pullman, em São Paulo. 3. O ponto de partida aristotélico. 4. A propriedade em Tomás de Aquino. 5. Os fundamentos teóricos da função social da propriedade. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO.

A função social da propriedade é um dos temas tormentosos do direito civil. Rios de tinta já foram gastos para tentar definir os contornos do que seria essa função social. Sendo o nosso um sistema jurídico de viés eminentemente

¹ Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor de História do Direito da Faculdade de Direito da UERJ. Professor Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

voluntarista, centrado no instituto do direito subjetivo, a função social da propriedade aparece primordialmente como uma limitação externa ao direito, mais do que algo que seja inerente à estrutura do próprio direito.

O presente texto procura, a partir de um acórdão do Superior Tribunal de Justiça, já transitado em julgado, em que se reconheceu a prevalência da posse com função social sobre a propriedade sem função social na Favela do Pullman, em São Paulo, discutir os fundamentos teóricos da função social da propriedade, tal como esta vem estabelecida na Constituição da República, verificando em que medida e sob que argumentos a propriedade obriga.

Para tanto, buscou-se um referencial teórico-filosófico no pensamento de Tomás de Aquino acerca da propriedade e da função social da apropriação dos bens exteriores. Intenta-se aqui responder a quatro perguntas básicas: a) existe uma função social dos bens?; b) existe um direito dos homens à apropriação em comum dos bens exteriores, sem especificação de direito de propriedade particular por parte de indivíduos, famílias ou grupos, ou seja, os bens exteriores devem se destinar a uma finalidade comum?; c) se os bens exteriores são destinados aos homens em comum, quais são os fundamentos pelos quais é lícito possuir as coisas como próprias?; d) válidas as duas afirmativas anteriores, essas assertivas se aplicam a toda sorte de bens ou somente àqueles que não fossem bem administrados, supérfluos ou que, por qualquer razão, pela extensão ou pelo mau uso, prejudicarem a outrem?

No item 2 do texto, far-se-á uma apresentação do acórdão, sua diminuta fundamentação e as perplexidades que ele encerra. No item 3, discute-se o ponto de partida da nossa reflexão, ou seja, a teoria aristotélica da propriedade e sua fundamentação na sociedade política. No quarto item, far-se-á a apresentação teórica do pensamento de Tomás de Aquino acerca da propriedade e, finalmente, no quinto item, serão apresentados os fundamentos teóricos a nosso ver mais relevantes para a função social da propriedade, superando-se um certo anacronismo teórico que ainda concebe o direito de propriedade como um direito meramente subjetivo.

2. UM CASO PARADIGMÁTICO: A PREVALÊNCIA DA POSSE COM FUNÇÃO SOCIAL SOBRE A PROPRIEDADE SEM FUNÇÃO SOCIAL NA FAVELA DO PULLMAN, EM SÃO PAULO.

A mudança cada vez mais vertiginosa das relações sociais e dos processos produtivos acarreta a rápida obsolescência das regras fixas, a reger realidades que já se transmudaram e não se compatibilizam mais à previsão legal.

Um caso paradigmático para a fixação das balizas do que seriam os fundamentos teóricos do direito de propriedade é o ocorrido na favela do Pullman, em São Paulo, em que o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou que, naquele caso, haveria uma prevalência da posse com função social sobre a propriedade sem função social, decisão posteriormente confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça e transitada em julgado².

Na hipótese se propôs uma ação de reivindicação para obter a desocupação de vários lotes de terreno urbano ocupados, nos quais foram erguidas habitações e realizadas benfeitorias para fins de moradia. Eram objetos do direito de propriedade reivindicado nove lotes situados em uma favela consolidada, a chamada Favela do Pullman, cuja ocupação fora iniciada vinte anos antes. Esses terrenos estavam destinados originalmente para loteamento - Loteamento Vila Andrade - inscrito em 1955, com previsão de serviços de luz e água. Não se aplicava a esta situação jurídica a usucapião especial urbana porque, quando se instaurou a nova ordem constitucional, a ação reivindicatória já estava proposta havia três anos. No caso em questão, o juiz deveria analisar a demanda com fundamento no Código Civil de 1916, que estava em vigor à época. Não podendo excepcionar esgrimindo a futura usucapião especial, a lógica jurídica estritamente civil e exegética obrigou o juiz a emitir uma sentença para ordenar a desocupação do imóvel, somada ao pagamento relativo à indenização e sem que os destinatários tivessem o direito a transacionar as obras e melhoria que haviam realizado nos terrenos.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 75.659-SP. 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. Recorrente: Aldo Bartholomeu e outros. Recorrido: Odair Pires de Paula e outros. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Brasília, 21 de junho de 2005. Disponível em www.stj.gov.br. Acesso em 18.05.2008.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não obstante, afastando-se do esquema jurídico civilístico tradicional, reformou a sentença e deu ganho de causa aos apelantes, argumentando:

“Loteamento e lotes urbanos são fatos e realidades urbanísticas. Só existem, efetivamente, dentro do contexto urbanístico. Se são tragados por uma favela consolidada, por força de uma certa erosão social deixam de existir como loteamento e como lotes.

A realidade concreta prepondera sobre a 'pseudo realidade jurídico-cartorária'. Esta não pode subsistir, em razão da perda do objeto do direito de propriedade. Se um cataclisma, se uma erosão física, provocada pela natureza, pelo homem ou por ambos, faz perecer o imóvel, perde-se o direito de propriedade.

É o que se vê do art. 589 do Código Civil, com remissão aos arts. 77 e 78. Segundo o art. 77, perece o direito perecendo o seu objeto. E nos termos do art 78, I e III, entende-se que pereceu o objeto do direito quando perde as qualidades essenciais, ou o valor econômico; e quando fica em lugar de onde não pode ser retirado.

No caso dos autos, os lotes já não apresentam suas qualidades essenciais, pouco ou nada valem no comércio; e não podem ser recuperados, como adiante se verá.

É verdade que a coisa, o terreno, ainda existe fisicamente. Para o direito, contudo, a existência física da coisa não é o fator decisivo, consoante se verifica dos mencionados incisos I e III do art. 78 do CC. O fundamental é que a coisa seja funcionalmente dirigida a uma finalidade viável, jurídica e economicamente. Pense-se no que ocorre com a denominada desapropriação indireta. Se o imóvel, rural ou urbano, foi ocupado ilicitamente pela Administração Pública, pode o particular defender-se logo com ações possessórias ou dominiais. Se tarda e ali é construída uma estrada, uma rua, um edifício público, o esbulhado não conseguirá reaver o terreno, o qual, entretanto, continua a ter existência física. Ao particular, só cabe ação indenizatória.

Isto acontece porque o objeto do direito transmudou-se. Já não existe mais, jurídica, econômica e socialmente, aquele fragmento de terra do fundo rústico ou urbano. Existe uma outra coisa, ou seja, uma estrada ou uma rua, etc. Razões econômicas e sociais impedem a recuperação física do antigo imóvel.

Por outras palavras, o *ius reivindicandi* (art. 524, parte final, do CC) foi suprimido pelas circunstâncias acima apontadas. Essa é a doutrina e a jurisprudência consagradas há meio século no direito brasileiro.”

Prossegue o acórdão afirmando que:

“No caso dos autos, a retomada física é também inviável. O desalojamento forçado de trinta famílias, cerca de cem pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior da extensa favela, já consolidada, implica uma operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito.

É uma operação socialmente impossível.

E o que é socialmente impossível é juridicamente impossível.

(..) Por aí se vê que a dimensão simplesmente normativa do Direito é inseparável do conteúdo ético-social do mesmo, deixando a certeza de que a solução que se revela impossível do ponto de vista social é igualmente impossível do ponto de vista jurídico.

9- O atual direito positivo brasileiro não comporta o pretendido alcance do poder de reivindicar atribuído ao proprietário pelo art. 524 do CC.

A leitura de todos os textos do CC só pode se fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela.

As regras legais, como se sabe, se arrumam de forma piramidal.

Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CF a submeteu ao princípio da função social (arts. 5º, XXII e XXIII; 170, II e III; 182, 2º; 184; 186 *etc.*).

Esse princípio não significa apenas uma limitação a mais ao direito de propriedade, como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por força externa àquele direito, em decorrência do poder de polícia da Administração.

O *princípio da função social atua no conteúdo do direito*. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no art. 524 do CC (usar, fruir, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário.

(..) Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos.

10 - No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social. O loteamento - pelo menos no que diz respeito aos nove lotes reivindicados e suas imediações - ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978/9, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários.

O *ius reivindicandi* fica neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece a eventual pretensão indenizatória em favor dos proprietários, contra quem de direito”.

O Superior Tribunal de Justiça, referendando a decisão da segunda instância paulista, considerou que o artigo 524 do Código Civil de 1916 tinha de ser interpretado em consonância com os artigos 589, 77 e 78 do mesmo Código, os quais prevêem que se perde a propriedade imóvel pelo abandono, arrecadando-se esse como bem vago, passando ao domínio do Estado em que se achar; e que perece o direito, perecendo seu objeto, entendendo-se que pereceu o objeto quando este perde suas qualidades essenciais ou o seu valor econômico.

Entendeu aquele Tribunal que, quando do ajuizamento da ação reivindicatória, era impossível reconhecer, realmente, que os lotes ainda existiam em sua configuração original, em face do abandono, desde a criação do loteamento. Deste modo, perdida a identidade do bem, o seu valor econômico, a sua confusão com outro fracionamento imposto pela favelização, resultava então a impossibilidade de sua reinstalação como bem jurídico no contexto atual, sendo o caso, indubitavelmente, de perecimento do direito de propriedade. Considerou ainda o Superior Tribunal de Justiça que, embora o art. 589, parágrafo 2º do Código Civil de 1916, falasse em “arrecadação do bem vago” em proveito do Estado, esse procedimento formal cederia à realidade fática em proteção aos posseiros. Na prática, considerou o Tribunal que desapareceu a propriedade dos autores da reivindicatória, subsistindo tão-somente a possibilidade de, porventura, uma pretensão indenizatória contra eventuais terceiros obrigados não participantes da demanda.

Como é corrente nas decisões dos Tribunais brasileiros, o importante acórdão não discorre sobre aquilo que está implícito na decisão: uma nova teoria da proteção possessória que é o coerente desenvolvimento de uma nova teoria da posse na qual a valorização do elemento subjetivo contribui para a teorização de uma autonomia da posse em relação à propriedade. A posse, como instituto autônomo, não dependente da propriedade (como imaginava Ihering em sua teoria “objetiva”), mas responde às novas exigências sociais, criando uma janela através da qual o fato vem reconhecido no ordenamento jurídico e valorado em relação à exigência básica, existencial do indivíduo. O acórdão, intuindo não obstante essas considerações sociais e existenciais, aferra-se ao formalismo da perda da realidade jurídica do loteamento e, por decorrência, a própria perda do

objeto do direito de propriedade pelo abandono, considerando-se que perece o direito quando perecem as qualidades ou o valor econômico do objeto.

Entretanto, as perguntas que devem ser feitas, para a plena inteligibilidade do *decisum*, são aquelas relativas aos fundamentos teóricos da função social da propriedade. A primeira delas é a concernente a se saber se existe um direito dos homens à apropriação em comum dos bens exteriores, sem especificação de direito de propriedade particular por parte de indivíduos, famílias ou grupos, ou seja, se os bens exteriores devem se destinar a uma finalidade comum. O acórdão quer fazer crer que sim, ao dispor que, para o direito, a existência física da coisa não é o fator decisivo, mas sim que a coisa seja funcionalmente dirigida a uma finalidade viável, jurídica e economicamente. Exemplifica ao dizer que, na desapropriação indireta, se o imóvel é ocupado pela Administração Pública, mesmo que ilicitamente, e ali é construída uma estrada, uma rua, um edifício público, não é possível ao particular reaver mais o terreno, porque ali ele foi destinado a uma finalidade coletiva, cabendo a este tão-somente o direito à indenização. O objeto do direito transmuda-se. Não existe mais, jurídica, econômica e socialmente, aquele fragmento de terra do fundo rústico ou urbano. Existe uma outra coisa, ou seja, uma estrada ou uma rua, etc. Razões econômicas e sociais impedem a recuperação física do antigo imóvel. O *ius reivindicandi* impossibilita-se.

Analogamente, se um terreno deixa de ser utilizado pelo proprietário por mais de 20 anos e é ocupado por trinta famílias que aí moram, valorizam-no pelo trabalho e realizam benfeitorias, deixa de existir como realidade jurídica:

“Loteamento e lotes urbanos são fatos e realidades urbanísticas. Só existem, efetivamente, dentro do contexto urbanístico. Se são tragados por uma favela consolidada, por força de uma certa erosão social deixam de existir como loteamento e como lotes.

A realidade concreta prepondera sobre a 'pseudo realidade jurídico-cartorária'. Esta não pode subsistir, em razão da perda do objeto do direito de propriedade”.

Caracterizado que a finalidade comum é ínsita ao direito de propriedade, a pergunta a ser respondida a seguir é a de que, sendo a primeira premissa verdadeira, de que os bens exteriores são destinados aos homens em comum, quais são os fundamentos pelos quais é lícito possuir as coisas como próprias? O acórdão parece indicar que determinada forma de uso não legitimaria o direito à propriedade:

“Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos.

No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social. O loteamento - pelo menos no que diz respeito aos nove lotes reivindicados e suas imediações - ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos”.

Por outro lado, outra forma de atuação sobre a coisa legitimária a sua apreensão como própria:

“No caso dos autos, a coisa reivindicada não é concreta, nem mesmo existente. É uma ficção.

Os lotes de terreno reivindicados e o próprio loteamento não passam, há muito tempo, de mera abstração jurídica. A realidade urbana é outra. A favela já tem vida própria, está, repita-se dotada de equipamentos urbanos. Lá vivem muitas centenas, ou milhares, de pessoas. Só nos locais onde existiam os nove lotes reivindicados residem 30 famílias. Lá existe uma outra realidade urbana, com vida própria, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade. O comércio está presente, serviços são prestados, barracos são vendidos, comprados, alugados, tudo a mostrar que o primitivo loteamento hoje só tem vida no papel”.

Respondidas essas indagações, deve-se esclarecer se tais premissas aplicar-se-iam a toda sorte de bens ou somente àqueles que não fossem bem administrados, supérfluos ou que, por qualquer razão, pela extensão ou pelo mau uso, prejudicarem a outrem.

Deste modo, resumindo o anteriormente dito, o esclarecimento acerca de quais são os fundamentos teóricos da função social da propriedade passa pela resposta a esses quatro questionamentos: a) existe uma função social dos bens?; b) existe um direito dos homens à apropriação em comum dos bens exteriores, sem especificação de direito de propriedade particular por parte de indivíduos, famílias ou grupos, ou seja, os bens exteriores devem se destinar a uma finalidade comum?; c) se os bens exteriores são destinados aos homens em comum, quais são os fundamentos pelos quais é lícito possuir as coisas como próprias?; d) válidas as duas afirmativas anteriores, essas assertivas se aplicam a toda sorte de

bens ou somente àqueles que não fossem bem administrados, supérfluos ou que, por qualquer razão, pela extensão ou pelo mau uso, prejudicarem a outrem?

Para que seja possível responder a tais indagações, é necessário, quero crer, retroagir aos pensadores que também procuraram, nas condições do passado mas com a perspectiva filosófica do futuro, fazer frente a tais perplexidades e, particularmente, à filosofia de Tomás de Aquino no que concerne à matéria da propriedade.

3. O PONTO DE PARTIDA ARISTOTÉLICO.

Para falar da concepção de direito e justiça em Tomás de Aquino, é mister retornar ao seu ponto de partida, a filosofia aristotélica e a concepção dos gregos acerca do direito.

Para os gregos, o direito é um objeto exterior ao homem, uma coisa, a mesma coisa justa (*ipsa iusta res*) que constitui o término do atuar justo de uma pessoa, a finalidade da virtude da justiça. A conduta justa do homem justo (*dikaios*) é a justiça em mim, subjetiva, enquanto que o direito (*dikaion*) é a justiça fora de mim, no real, a própria coisa justa, objetiva. O direito está assim fora do homem, *in re*, nas coisas justas, de acordo com uma determinada proporção, o justo meio objetivo.

O direito é, desta forma, uma relação entre substâncias, por exemplo, entre casas e somas em dinheiro que, numa cidade, repartem-se entre seus proprietários. O direito é, com efeito, uma coisa exterior que se extrai de uma natureza relacional entre duas ou mais pessoas que disputam bens, encargos e honras.

Assim, em um litígio, o direito será a justa parte que corresponde a cada uma das pessoas envolvidas nele, o que significa reconhecer que não somente resulta impossível concebê-lo à margem das relações interpessoais (por exemplo, na solidão de Robinson Crusoe em sua ilha) senão que, também, este direito é necessariamente finito, limitado (é a parte justa de uma relação concreta)³.

Aristóteles intenta, em *Ética a Nicômaco*, formular uma definição universal de justiça (*dikaionês*). A justiça (*dikaionês*) pode ser definida em dois sentidos principais denominados justiça geral e justiça particular. Por justiça geral, designa-se por justo toda conduta que parece conforme à lei moral; e, nesse sentido, a justiça inclui todas as virtudes, é uma virtude universal. Aristóteles não rejeitou

³ CABANILLAS, R. R-B. *La filosofía jurídica de Michel Villey*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1990, pp. 158 e 160.

totalmente essa acepção ampla, antes mostrou a sua razão de ser por que podíamos ser levados a qualificar toda virtude, mesmo a temperança e a coragem, com a palavra justiça. O sentido geral de justiça corresponde, deste modo, à condição que os gregos chamavam *dikaios*, o homem justo. O qualificativo *dikaios* expressava a pessoa que possuía uma superioridade moral em relação à maioria das outras por ter adquirido o conjunto das virtudes morais.

Aristóteles observava que esse sentido geral de justiça não tinha uma relação direta com o direito, uma vez que não cabia aos juízes conduzir os cidadãos à perfeição moral, mas resolver os seus litígios relativos aos bens e cargas presentes na vida social. A justiça geral, nessa acepção larga, aplica-se a toda conduta conforme à lei moral; nesse sentido a justiça geral é a própria moralidade, inclui todas as virtudes, é a virtude universal.

A justiça particular, pelo contrário, é uma parte da justiça geral e, tomada nesse sentido, não se refere ao *dikaios* (o homem justo), mas ao *to dikaion* (a coisa justa). Uma pessoa teria a virtude da justiça em sentido particular se praticasse o justo, não se fosse justo: repetindo, o *dikaios* seria a justiça em mim, subjetiva; o *dikaion* é a justiça fora de mim, na realidade, objetiva. Da constatação e estudo da virtude da justiça particular à definição da tarefa judicial vai pouco espaço: analisar a justiça particular é definir a arte do direito.

O ato próprio da justiça particular é não ficar com mais, nem com menos do que lhe corresponde, de modo que seja bem realizada, numa comunidade social, a repartição dos bens e das cargas. Dizemos de um homem que ele é *justo especialmente* para significar que ele tem o hábito de não tomar mais do que a sua parte dos bens que se disputam em um grupo social ou menos que sua parte do passivo, dos encargos, do trabalho.

A definição do direito traça os três aspectos essenciais da tarefa judicial ou da arte do direito: 1) a repartição, b) os bens externos, c) o grupo social. A repartição é o objetivo da arte do direito; os bens externos a sua matéria; e o grupo social o seu campo de aplicação.

O *dikaion* (direito), em grego clássico, é uma palavra de gênero neutro, que indica uma coisa e não uma pessoa. Significa, portanto, a coisa justa, e não a pessoa justa. A coisa justa é aquela que deve ser atribuída à pessoa que a merece. A conduta justa do homem justo (*dikaios*) é a justiça em mim, subjetiva, o direito (*dikaion*) é a justiça fora de mim, no real, a própria coisa justa, objetiva. O direito está assim fora do homem, *in re*, nas coisas justas, de acordo com uma determinada proporção, o justo meio objetivo.

Em um litígio, o direito será a justa parte que corresponde a cada uma das pessoas envolvidas nele. Pode ser uma vantagem ou uma desvantagem. Na visão aristotélica, a atribuição de uma sanção é um direito. Por exemplo: o direito penal não tem por função - ainda que alguns o pretendam - proibir o homicídio, o roubo ou o infanticídio; essas proibições competem à moral. Um jurado ou o Código Penal repartem as penas, a cada um a pena que lhe corresponde.

O *to dikaion* é uma proporção (reconhecida como boa) entre coisas repartidas entre pessoas; um proporcional (termo neutro), um *analagon*. O direito consiste numa igualdade, um igual (*ison*).

Aristóteles acrescenta também ao *to dikaion* o justo meio (*meson*). O justo meio é o que exige maior esforço. É mais fácil deixar completamente de beber do que ficar na medida justa. O justo meio não é uma baixada, mas um pico, o mais difícil de atingir, entre dois lados de facilidade. A virtude da justiça está no justo meio: se sou justo é porque eu não sou nem muito ávido de aumentar minha parte, nem muito desleixado para não fazer valer meus direitos. O direito é, pois, um "meio", um justo meio objetivo, nas coisas, *in re*.

Para os gregos, o *kosmos* é ordenado, implica uma ordem. O mundo não é somente constituído de causas eficientes ou por suas causas materiais, mas também por causas formais ou finais. Como o vaso do oleiro, ele é formado em função de uma finalidade. Pode-se dizer que cada ser particular tem uma natureza. E esta natureza é o que este deve ser, sua forma, seu fim, segundo o plano da Natureza. Como explica Aristóteles:

“A sociedade que se formou da reunião de várias aldeias constitui a Cidade, que tem a faculdade de se bastar a si mesma, sendo organizada não apenas para conservar a existência, mas também para buscar o bem-estar. Esta sociedade, portanto, também está nos desígnios da natureza, como todas as outras que são seus elementos. Ora, a natureza de cada coisa é precisamente seu fim. Assim, quando um ser é perfeito, de qualquer espécie que ele seja - homem, cavalo, família -, dizemos que ele está na natureza. Além disso, a coisa que, pela mesma razão, ultrapassa as outras e se aproxima mais do objetivo proposto deve ser considerada a melhor. Bastar-se a si mesma é uma meta a que tende toda a produção da natureza e é também o mais perfeito estado”⁴.

Num sentido próximo, a palavra natureza pode também designar esse princípio, essa força, esse instinto inato que, segundo tal filosofia, impulsiona o

⁴ ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 4.

ser a realizar seu fim. A observação da natureza é, portanto, mais que a observação dos fatos da ciência moderna. *Não é neutra e passivamente descritiva, implica o discernimento ativo dos valores.* Isso equivale a distinguir o que é justo segundo a natureza do que é, do mesmo ponto de vista, ruim e injusto.

Aristóteles distinguia duas fontes das quais o direito poderia provir: a natureza (*physis*) e o convênio humano (*nomos*). O direito natural é a coisa justa proveniente da natureza das coisas tomada em si mesma e também no modo em que se encontram dispostas na vida social. O direito positivo é a coisa justa posta, estabelecida socialmente pelo convênio humano, em consonância com o que se percebe na natureza. A solução jurídica de um caso concreto deve, normalmente, ser obtida através do recurso conjunto a estas duas fontes, que não são consideradas opostas, mas complementares: por um lado o estudo da natureza e, num segundo momento, a precisa determinação do legislador ou do juiz. Não há, portanto, oposição entre o justo natural e as leis escritas do Estado; ao contrário, as leis do Estado exprimem e completam o justo natural. O direito natural é um método experimental. O direito natural para Aristóteles é flexível, não tem conclusões rígidas, avança por posições flutuantes e mais ou menos vagas.

Aristóteles distingue as duas espécies de operações onde a justiça procura se exercer: a justiça distributiva e a justiça comutativa.

O ofício primeiro da justiça é o de proceder à distribuição dos bens, das honras e dos encargos públicos entre os membros da *polis*. Nas distribuições, o devido se determina em relação à finalidade do repartido e à relação dos sujeitos com essa finalidade. O que mede a igualdade da repartição é a proporção entre os sujeitos distintos e os bens repartidos. A igualdade no tratamento dos doentes não está em dar a todos eles os mesmos medicamentos, mas está em dar a cada um os medicamentos de que necessita. Essa é a igualdade proporcional, uma igualdade geométrica entre duas frações.

Na tarefa de atribuir um determinado benefício ou uma determinada carga a uma pessoa, é preciso, em primeiro lugar, atentar para o objetivo que aquele benefício ou carga vem a cumprir na conjuntura social em que se encontra e, num segundo momento, verificar se aquela pessoa ocupa uma situação social condizente com a finalidade inscrita ao benefício ou à carga naquela conjuntura social. Deste modo, a justiça distributiva consiste em tratar os verdadeiramente iguais como iguais e os desiguais como desiguais na medida em que se desigualam.

São os seguintes os critérios da distribuição: a) a condição; b) a capacidade das pessoas em relação aos encargos; c) a aporção de bens à coletividade e d) a necessidade.

A condição terá relevância quando em uma coletividade existam diversas formas ou tipos pertencentes a ela (classes e membros) Ex: é diferente na família a condição do pai e do filho. Ao pai se deve então coisas diversas (respeito, obediência etc.). Também em relação às funções diversas ocupadas pelos distintos membros da coletividade são pertinentes coisas diversas. Corresponde a cada qual o que pertence à sua função.

A proporção de justiça, no que atine à capacidade das pessoas em relação aos encargos, consiste em impor as cargas e distribuir as funções proporcionalmente à capacidade. Ex: correção da tabela de imposto de renda, não se taxando o mínimo existencial como renda tributável.

Na aporção de bens à coletividade é justo que quem mais aporta à coletividade deve receber mais. Ex: é justo que quem mais trabalha receba um maior salário.

Finalmente, na necessidade, é justo que receba mais quem mais o necessita. Mas só é justo esse critério quando a necessidade está em relação com a finalidade da coletividade e se combina com os restantes critérios. Quando não se dão as indicadas condições, o remédio da necessidade não é próprio da justiça, senão de outras virtudes como a solidariedade, a liberalidade ou a misericórdia.

A justiça comutativa é a outra espécie da justiça particular, a que zela pela retidão das trocas, pela igualdade aritmética em matéria de intercâmbio de bens. No intercâmbio de bens, a relação de igualdade dá-se quando a coisa que se deve dar é igual em quantidade e qualidade (ou valor) à que saiu da esfera do sujeito de atribuição. Na sanção em decorrência do intercâmbio de bens, o ofício do juiz é o de calcular uma restituição igual ao dano que foi suportado. A igualdade absoluta entre as coisas na justiça comutativa tem sua base na igualdade entre as pessoas, tal como se apresentam nessas relações de justiça. Em efeito, todas as pessoas se apresentam perante o outro em sua nuda condição, que é exatamente igual em todos. O campo de aplicação do justo é a cidade; para Aristóteles o direito se realiza levando-se em consideração o conjunto da cidade.

O direito antigo, assim pensado, não é rigorosamente individual; não supõe para o indivíduo somente um ativo, só vantagens; meu direito, isso que me deve ser dado, isso que eu mereço, não é "subjetivo", não se refere somente a um indivíduo, implica necessariamente uma relação entre indivíduos. É o resultado de uma repartição. Na dicção de Aristóteles, o direito apenas é um atributo da

minha pessoa, não é exclusivamente meu na medida em que é primordialmente o bem de outrem:

“Considera-se que a justiça, e somente ela entre todas as formas de excelência moral, é o ‘bem dos outros’; de fato, ela se relaciona com o próximo, pois faz o que é vantajoso para os outros, quer se trate de um governante, quer se trate de um companheiro da comunidade”⁵.

O direito - o justo de cada um - emerge de uma repartição concreta, é uma proporção (justa, um igual [*ison*] ou *analagon*, termo gramaticalmente neutro). Essa igualdade expressa, consoante a matemática grega, uma cosmovisão integrada da totalidade, não a constatação de uma simples equivalência de fato entre quantidades, mas revela a harmonia, o valor do justo, uma certa ordem que se discerne no caso mesmo e que se acha em conexão, em última instância, com a ordem geral do mundo que é a matéria da justiça geral. O direito nesse contexto não é, senão, uma coisa exterior ao sujeito, uma certa igualdade que reside nas coisas, na realidade, *in re*, e que se extrai da observação da natureza:

“É uma outra passagem da Ética, que trata do conhecimento do conteúdo da justiça.

Sabe-se a primeira resposta de Aristóteles: nós extraímos, de resto, o justo da observação da natureza: ele é as leis constituídas segundo a natureza. Há um justo, há um direito natural. Ao método subjetivo, que pretende deduzir a justiça dos princípios da razão interna, vem se opor um outro método, que a procura fora de nós mesmos, no mundo exterior. Nós estamos aqui no coração da doutrina do direito natural (tradução livre)”⁶.

O direito não pode ser estimado senão do processo de interrogação da natureza, de tentar reencontrar a ordem que ela acolhe; ordem esta objetiva, e, portanto, jurídica. Para o direito antigo, só a natureza é suscetível de dar às questões dos juristas respostas substanciais.

No que concerne ao direito de propriedade, Aristóteles prevê três combinações entre a propriedade e o seu uso: a) propriedade privada e uso comum; b) propriedade comum e uso privado e c) propriedade e uso comuns⁷.

⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília : Universidade de Brasília, 2001, p. 93.

⁶ VILLEY, M. “Abrégé du droit naturel classique”. *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, n. 6, pp. 25-72, 1961, p. 45.

⁷ ARISTÓTELES. *A Política*. *Op. cit.*, p. 19-31.

Ele não cogita da propriedade privada e de uso privado. Para Aristóteles, a justificação da propriedade diz respeito à perspectiva da política, ou seja, ela é encarada como um requisito para a vida virtuosa do cidadão. Três são os argumentos desenvolvidos por Aristóteles na *Política* para justificar a propriedade. Na *Política*, I.4-10, ele defende a propriedade na perspectiva da casa; depois, na *Política* II.5, é discutido o sistema de propriedade que melhor convém à cidade; e, por fim, na *Política* VII.9-10, é estabelecida uma conexão entre propriedade e cidadania.

Na perspectiva da casa, Aristóteles apresenta uma justificação instrumental da propriedade: aquele que está à frente do governo da casa necessita da propriedade para desempenhar a sua função, a qual consiste em prover ao sustento desta. Três aspectos sobressaem no tratamento da propriedade nesse âmbito da casa: a propriedade é uma relação dominial, um dos poderes do senhor da casa sobre escravos, mulher e filhos; o segundo aspecto é o de que a propriedade é uma propriedade do senhor da casa, para realizar as funções desta e não do indivíduo enquanto tal; o terceiro aspecto é o de que essa aquisição da propriedade é natural em contraposição às aquisições artificiais, derivadas do comércio. Aristóteles contrasta a arte de aquisição que visa satisfazer às necessidades da casa e o caráter ilimitado das formas de aquisição próprias do comércio⁸.

Aristóteles condena a aquisição artificial ou crematística que ele identifica com o comércio. Esclarece que as coisas possuem dois usos, um que é próprio e conforme à sua destinação e outro desviado para algum outro fim. Para ele, o comércio é artificial e, assim, a propriedade deve assegurar uma vida boa e não se destina à troca ilimitada⁹.

Na *Política* II.5, Aristóteles justifica a propriedade já não no contexto da casa, mas no âmbito da cidade e intenta responder à seguinte pergunta: deve a propriedade ser tida em comum pelos cidadãos ou em privado?

Aristóteles justifica a sua preferência pela opção que consiste em combinar a propriedade privada e o uso comum com base nas seguintes razões: a) a propriedade comum dá origem a discussões e reclamações sobre o modo de distribuir as coisas; b) a propriedade comum favorece a negligência de cada um no tratamento das coisas de todos e, pelo contrário, a propriedade privada estimula que cada um se dedique ao que lhe é próprio; c) a propriedade privada

⁸ BRITO, M. N. de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 69-71.

⁹ ARISTÓTELES. *A Política*. *Op. cit.*, p. 23.

estimula os prazeres naturais, em particular o amor próprio; d) a propriedade privada favorece a amizade, pelo prazer que constitui ajudar e obsequiar os amigos; e) a propriedade privada torna possível o exercício das virtudes, como a generosidade e a moderação¹⁰.

Deste modo Aristóteles professa o entendimento que a propriedade deve ser, de um modo geral, privada, mas comum quanto ao seu uso. O uso comum não altera a natureza essencialmente privada da propriedade, mas antes a pressupõe.

Assim, Aristóteles não é um defensor do caráter sagrado da propriedade privada. Impõem-lhe limites. Embora prefira, pelas razões apontadas atrás, a propriedade privada, combina-a com o uso comum e com a partilha não obrigatória do uso dos bens, assente no exercício da virtude da generosidade. Aliás, o Estado ideal de Aristóteles assegura alguns serviços públicos a todos os cidadãos, ricos ou pobres: educação, refeições, justiça e segurança. Cabe, também, aos cidadãos mais ricos a distribuição de uma parte das suas receitas pelos cidadãos mais pobres, não como uma exigência do Estado, mas como uma consequência dos bons costumes. Aristóteles dá o exemplo de Esparta, onde a posse da propriedade é individual, mas onde se faz o uso comum dela quando necessário. Aí, os escravos são usados em comum e, quando necessário, também os cavalos. Embora cada cidadão tenha a sua propriedade, uma parte dela é para uso dos amigos, outra parte para uso de todos e, por fim, uma terceira parte só para uso pessoal.

Finalmente, Aristóteles aponta uma outra razão de peso para explicar sua preferência pela propriedade privada dos bens e pelo seu uso comum: além do mais, há um imenso prazer gerado pela posse da propriedade. Outra razão derivada daquela é o prazer que os amigos tiram da ajuda prestada aos amigos. Aqui, Aristóteles invoca a importância da virtude da amizade para a vida boa e a *eudaimonia*. Sem propriedade privada, os amigos ver-se-iam incapazes de acudir às necessidades dos amigos e de colocar ao serviço deles alguns dos bens: um ponto adicional é que se tira grande prazer fazendo favores aos amigos, aos estranhos e aos sócios e isto só é possível quando se tem propriedade própria. Sem propriedades privadas, os cidadãos ficariam impedidos de exercer duas virtudes essenciais à vida boa: a amizade e a liberalidade.

Por fim, Aristóteles define o âmbito subjetivo da propriedade, ou seja, quem deve ser proprietário. Para Aristóteles, a cidadania deve ser restrita, no

¹⁰ BRITO, M. N. de. *Op. cit.*, p. 73.

contexto da melhor cidade, àqueles que têm a capacidade natural, a virtude e a disponibilidade de desempenhar as funções militares e judicial-deliberativas. Segundo Aristóteles, é conveniente que as propriedades estejam em mãos dessas pessoas, pois é necessário que os cidadãos tenham uma abundância de recursos e estas pessoas (os militares e os que deliberam) são os cidadãos. As classes vulgares, dos trabalhadores manuais, não participam da cidadania. Por outro lado, a felicidade da cidade, necessariamente acompanhada da virtude, deve ser extensível a todos os cidadãos e não apenas a alguns. Assim, na cidade ideal, todos os cidadãos devem ser proprietários e apenas eles o devem ser, tanto mais que os membros das classes vulgares são escravos ou estrangeiros¹¹.

Para Aristóteles, a propriedade justifica-se no âmbito da política e os regimes políticos são naturais. Se a política tem como finalidade a vida justa e feliz, isto é, a vida propriamente humana digna de seres livres, então é inseparável da ética. É inconcebível para ele a ética fora da comunidade política, pois nela a natureza ou essência humana encontra sua realização mais alta. Aristóteles valoriza a *praxis* definindo-a como ação voluntária de um agente racional em vista de um fim considerado bom. A *praxis* por excelência é a política. Considerava ele na *Ética a Nicômaco*:

“Se, em nossas ações, há algum fim que desejamos por ele mesmo e os outros são desejados só por causa dele, e se não escolhemos indefinidamente alguma coisa em vista de uma outra (pois, nesse caso, iríamos ao infinito e nosso desejo seria fútil e vão), é evidente que tal fim só pode ser o bem, o melhor dos bens. Se assim é, devemos abarcar, pelo menos em linhas gerais, a natureza do Bem e dizer de qual saber ele provém. Consideramos que ele depende da ciência suprema e arquetônica por excelência. Ora, tal ciência é manifestamente a política, pois é ela que determina, entre os saberes, quais são os necessários para as Cidades e que tipos de saberes cada classe de cidadãos deve possuir... A política se serve das outras ciências práticas e legisla sobre o que é preciso fazer e do que é preciso abster-se; assim sendo, o fim buscado por ela deve englobar os fins de todas as outras, donde se conclui que o fim da política é o bem propriamente humano. Mesmo se houver identidade entre o bem do indivíduo e o da Cidade, é manifestamente uma tarefa muito mais importante e mais perfeita conhecer e salvaguardar o bem da Cidade, pois o bem não é seguramente amável mesmo para um indivíduo, mas é mais belo e mais divino aplicado a uma nação ou à Cidade”¹².

¹¹ *IBIDEM*, pp. 76 e 77.

¹² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. *Op. cit.*, p. 17.

Assim, Aristóteles subordina o bem do indivíduo ao bem da *polis*. Esse vínculo interno entre ética e política significava que as qualidades das leis e do poder dependiam das qualidades morais dos cidadãos e vice-versa, das qualidades da Cidade dependiam as virtudes dos cidadãos. Somente na Cidade boa e justa os homens poderiam ser bons e justos; e somente homens bons e justos são capazes de instituir uma Cidade boa e justa.

Deste modo, para Aristóteles não há virtude sem propriedade, mas, ao mesmo tempo, não há propriedade sem virtude. Para Aristóteles há um caráter inconciliável entre comércio e vida política e, pelo contrário, uma conexão íntima entre a casa como unidade econômica e a cidade. A aquisição ilimitada, característica do comércio, é inconciliável com a vida política orientada para a virtude¹³.

Portanto, Aristóteles coloca limites à propriedade privada, submetendo-a ao interesse comum. Aliás, toda a ética aristotélica constitui a defesa da primazia do bem comum face aos interesses particulares. Ele distancia-se de Platão ao estabelecer os requisitos para a unidade cívica da *polis*. Esta não passaria, como para Platão, pelo estabelecimento de leis forçando o comunismo, mas por uma educação pública através da qual se forma o caráter dos cidadãos e, ao mesmo tempo, se permite que os mesmos atuem com independência, designadamente através do controle de sua propriedade. Uma vez que a educação ética constitui uma tarefa absolutamente necessária ao processo de aquisição das virtudes do caráter pelas novas gerações, tal empreendimento não pode ser deixado entregue apenas às famílias. Aristóteles defende que a educação deve ser uma tarefa da *polis* e que as leis devem ser um instrumento de promoção das virtudes do caráter, punindo, quando necessário, os comportamentos considerados vis e exortando as pessoas a obedecerem à retidão, impondo os necessários corretivos a quem se desviar dela.

Em conclusão, para Aristóteles a propriedade encontra-se subordinada à política, é condição necessária de existência da *polis* e, precisamente por esta razão, a cidade não pode violar as vidas privadas dos cidadãos e deve respeitar a sua propriedade, sob pena de subverter as bases de sua própria existência¹⁴.

¹³ BRITO, M. N. de. *Op. cit.*, p. 88.

¹⁴ *IBIDEM*, p. 91.

4. A PROPRIEDADE EM TOMÁS DE AQUINO.

Resgatando o pensamento grego, Tomás de Aquino considera também que a natureza humana age em direção a um fim. Esse fim, porém, não é apenas a realização do homem na *polis*, a *eudaimonia*. O finalismo de Tomás de Aquino não termina na perfeição do Estado. Para Tomás, o animal vive e o homem *vive para*. Não apenas para a *polis*, mas para um destino superior e transcendente: o novo céu e a nova terra. É o prestígio, o engrandecimento e, ao mesmo tempo, a superação da filosofia grega. Para ele, a *civitas* é um meio, não um fim:

“Sendo o fim último da vida humana a felicidade ou a beatitude (cujo objeto é o sumo bem, soberano e infinito - Q.2, art.VIII), há de por força, a lei dizer respeito, em máximo grau, à ordem da beatitude.

Demais a parte ordenando-se para o todo, como o imperfeito para o perfeito; e sendo cada homem parte da comunidade perfeita, necessária e propriamente, há de a lei dizer respeito à ordem para a felicidade comum”¹⁵.

A referida idéia do homem como parte, estar subordinado ao todo social, é expressa em termos bastante semelhantes daqueles preconizados por Aristóteles. A subordinação moral do indivíduo à sociedade, a superioridade metafísica e moral do corpo social sobre o individual, do bem comum sobre o bem particular é perfeitamente fundamentada, eis que:

“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; ‘Ela é soberanamente digna de ser amada’, e seu bem, sendo o bem da espécie, a coloca acima do bem dos indivíduos”¹⁶.

Deste modo, em Tomás de Aquino não ocorre a diluição da pessoa dentro do contexto social. A superioridade do todo social só existe na medida em que proporciona às partes condições de, em conjunto, perfazendo o próprio todo,

¹⁵ TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. I-II, q.90, a.2, r.

¹⁶ TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. I-II, q.50, a.4, r.

alcançar esse fim do modo mais perfeito. Assim, à autoridade social, na qualidade de representante desse todo, não é lícito exigir das partes subordinação naquilo que contrarie a ordem natural das mesmas partes relativamente aos fins a que se destinam. Entende assim Tomás de Aquino que toda lei contrária à razão é mais uma iniquidade que uma lei e, em tese, não obriga no foro da consciência:

“As leis injustas podem sê-lo de dois modos. Um modo, por contrariedade ao bem humano... e o podem ser: pelo fim, como quando um chefe impõe leis onerosas aos súditos...; ou também pelo autor, quando impõe leis que ultrapassam o poder que lhe foi concedido; ou ainda pela forma, p. ex., quando impõe desigualdade, ônus ao povo... E estas são, antes, violências que leis, pois como diz Santo Agostinho, não se considera lei o que não for justo.

Por onde tais leis não obrigam no foro da consciência, salvo, talvez, para evitar escândalo ou perturbações... (naturalmente, entendemos nós, quando isso venha a constituir um mal maior). De outro modo, as leis podem ser injustas por contrariedade com o bem divino... E tais leis de modo algum devem ser observadas, porque, como diz a Escritura, importa obedecer antes a Deus que aos homens”¹⁷.

Na questão das relações entre o todo social e as pessoas que lhe são partes, o todo ali referido é do tipo prático, que se realiza em função de um fim, em virtude da consecução de um bem. Na verdade, é um conjunto de forças individuais, particulares, que se articulam e se unem sob uma ordem comum, na perspectiva de produzir um fim transcendente, superior a todas as energias particulares das quais ela é produto. Na verdade, seria a junção das partes, que se unem sob uma direção comum, formando um todo, visando uma realização coletiva. Assim, cada pessoa, sem renunciar à procura do seu próprio bem, contribui com a sua força, fornece parte da sua energia, submetendo-se consciente e voluntariamente ao conjunto e à sua finalidade.

A discussão da propriedade em Tomás de Aquino se dá nos quadros da lei natural, na qual tem a sua referência mais expressiva.

Consoante bem gizado por Daniel Pêcego, a definição tomista de lei é essencialmente “certa regra e medida dos atos, segundo a qual alguém é levado a agir ou apartar-se da ação”.¹⁸ Como a razão é a norma suprema dos atos

¹⁷ TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. I-II, q.96, a.4, r.

¹⁸ PÊCEGO, D. N. *A lei e a justiça na Suma Teológica*. *Aquinate*. Revista Eletrônica de Estudos Tomistas. 2008 (6), pp. 160-178, pp. 165-167. ISSN 1808-5733. Disponível em

humanos, cabendo a ela ordená-los ao fim, patenteia-se que a lei é algo pertencente à razão.

Nesse sentido, a lei natural nada mais é do que o exercício participativo da criatura racional na lei eterna, mediante certos princípios comuns. É natural porque não procede de fatores culturais, mas da estrutura psicológico-moral do ser humano. Por isso, pode ser dita universal e imutável. Pode ser definida como o conjunto de leis racionais que expressam a ordem das tendências ou inclinações naturais aos fins próprios do ser humano, aquela ordem que é própria do homem enquanto pessoa. Por isso, Tomás poderá afirmar que os preceitos do Decálogo são os primeiros preceitos da lei, aos quais a razão natural presta imediato assentimento como aos princípios mais evidentes de todos.

O homem tem um ser objetivo e, na medida em que a ordem moral é a ordem do ser, a moralidade consiste em uma ordem objetiva e não um mero produto imanente da consciência. A lei natural expressa as exigências objetivas da natureza humana, necessidades de bem e de justiça. Essa lei natural tem papel semelhante, na razão prática, ao exercido pelos primeiros princípios indemonstráveis naturalmente conhecidos da razão teórica. A partir desses preceitos gerais da lei natural são produzidas conclusões para dispor mais particularmente das coisas. Uma das funções específicas da lei natural é de ser a base do ordenamento jurídico e da ordem política. Segundo Javier Hervada, o que é a Constituição para o sistema de leis positivas – critério de validade e inspiração – o é a lei natural em relação a todo o sistema.

Por isso também, a verdadeira lei, seja ela promulgada por toda a multidão, seja por quem lhe faz as vezes, sempre se ordena para o bem comum e não ao “fim do indivíduo enquanto tal”. Como ela é um ato da razão e apela à liberdade humana, demanda ser de algum modo conhecida, daí a necessidade de sua promulgação. A lei tem como efeito próprio tornar bons aqueles a quem ela é dada. Nesse sentido, é conveniente enumerar entre os atos próprios da lei o “ordenar” atos virtuosos, “proibir” atos viciados, “permitir” atos indiferentes e “punir”, induzindo a que seja obedecida.

O modo pelo qual o homem chega ao conhecimento da lei natural é assemelhado àquele pelo qual alcança o conhecimento dos primeiros princípios da razão especulativa. Não é um conhecimento infuso, inato ou dado por uma graça especial, nem mesmo um conhecimento dedutivo. São princípios auto-evidentes e indemonstráveis, cuja retidão a inteligência percebe imediatamente. O

<http://www.aquinate.net/p-web/Revista-Aquinate/Artigos-pdf/Artigos-6-edicao/Artigo%209-Pecego.pdf>. Acesso em 25.05.2008.

entendimento humano é capaz de conhecer verdadeiramente a lei natural ao conhecer a natureza humana e suas inclinações naturais.

Os meios de captação da lei natural não são o raciocínio e a argumentação, mas o conhecimento por evidência. A razão prática apenas transforma em preceito a inclinação natural. Assim, o que provém dos primeiros princípios por via de dedução é pertencente aos *ius gentium*. O que provém por determinação pertencerá à lei humana. A determinação é uma opção entre as distintas possibilidades que se abrem ao homem para cumprir muitos preceitos da lei natural. A conclusão dedutiva, porém, se dá através de um juízo silogístico prático¹⁹.

Embora apenas uma pequena seção da Suma Teológica seja especialmente consagrada ao tema da propriedade, a discussão desta se espalha, em oportunidades diversas, em todo o texto do Aquinate.

Como explicado, Tomás de Aquino afirma a base para o seu tratamento da lei natural em princípios auto-evidentes da prática consoante à reta razão. O primeiro princípio da razão prática é fundado sobre a noção de bem; o bem é o que todas as coisas procuram. Portanto, o bem é para ser feito e o mal evitado (*bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum*)²⁰. Todos os outros preceitos da razão prática fundam-se nesse princípio. Esse princípio auto-evidente, interpretado pela razão prática dos homens, corresponde às inclinações naturais da humanidade. Deste modo, o homem, assim como todas as criaturas, visa à auto-preservação do seu próprio ser, consoante a sua natureza, e este preceito se coaduna com a lei natural.

Entretanto, naquilo que é pertinente à propriedade privada, a aplicação do princípio universal de fazer o bem e evitar o mal está sujeito às condições e às circunstâncias de cada caso. Em princípio, é justo e certo agir de acordo com a razão e a isso, por exemplo, segue-se que as mercadorias confiadas a outrem devem ser restituídas ao seu proprietário. Agora, isso é verdade para a maioria dos casos, mas pode acontecer que, em um caso específico, isso seria prejudicial e, por conseguinte, irrazoável. Deve-se arrestar, por exemplo, armamentos de estrangeiros, se eles são requeridos com a finalidade de lutar contra a pátria²¹.

Assim, há uma necessidade quanto aos bens de um exercício prático da sabedoria ou prudência, uma vez que os princípios gerais do direito natural não podem ser aplicados a todos os homens da mesma forma, tendo em vista a

¹⁹ *IBIDEM*.

²⁰ TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. I-II, q.94, a.2, r.

²¹ TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. I-II, q.94, a.4, r.

grande variedade de assuntos humanos e, conseqüentemente, surge a diversidade das leis positivas entre os diversos povos.

A propriedade e seus regimes podem variar muito devido à pluralidade das circunstâncias e condições humanas. Para Aquino, é a inclinação conatural, não aprioristicamente a dedução racional, mas um exercício da razão prática, conatural de conhecimento, aquilo que fornece as razões humanas para a descoberta dos preceitos do direito natural e que aprende a agir de acordo com esses princípios.

Para Tomás de Aquino, a propriedade não pertence à primeira categoria, aos princípios auto-evidentes. Sendo a justiça a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu, a regra de justiça corresponde às relações dos homens uns com os outros. Porém, toda justiça é concernente a certas relações externas, a saber, de distribuição e de troca de bens externos, quer sejam coisas ou obras. Dadas essas características, da natureza corpórea das trocas, é impossível conter esse “meum” e “tuum” (meu e teu) em termos puramente abstratos. Assim, a propriedade assumiu o seu lugar na ordenação humana das coisas.

Deste modo, o direito assume dois sentidos. Um absoluto primário, como o da relação dos pais para com os filhos, uma relação proporcional para a nutrição e o bem-estar das crianças, uma característica compartilhada com as outras criaturas inferiores, não racionais. Em seguida, outro sentido relativo secundário derivado do primeiro, como no caso da propriedade: uma coisa é naturalmente compatível com outra pessoa não considerada absolutamente, mas de determinada maneira em relação às outras.

Se um determinado lote de terras, considerado absolutamente, não tem nenhuma razão para pertencer a um homem mais do que a outro, considerado em relação à forma de uso da terra e à adaptabilidade à cultura agrícola, é certo que há uma certa proporção a ser de propriedade de um e não de outro homem, como Aristóteles demonstrou.

Assim, em Tomás de Aquino a instituição da propriedade deriva da lei natural, mas não se eleva a uma lei da natureza em si mesma porque não tem a qualidade de mútua imediação entre as pessoas, imediação esta que forma a base adequada para o direito natural.

Ao discutir a propriedade, Tomás de Aquino começa por indagar, na questão 66 da *Secunda Secundae* da Suma Teológica, “se é natural ao homem possuir coisas externas”²². Frisa ele a natureza dupla das coisas externas. Em

²² TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. II-II, q.66, a.1, r.

primeiro lugar diz que o domínio principal sobre todas as coisas pertence a Deus que, em sua providência, destinou ao homem o natural domínio dos bens externos dado que este, por sua razão, é capaz de utilizá-los para sua utilidade, uma vez que os seres menos perfeitos existem para os mais perfeitos. Isso significa que o homem, colocado em uma posição superior na ordem ontológica, tem uma natural soberania das coisas externas no que diz respeito a fazer a utilização das mesmas, que se destinam ao sustento do corpo do homem²³.

No que se refere à relação do homem com os bens exteriores, a este compete uma dupla atribuição. A primeira, o poder de gerir e dispor dos bens. Tem o homem o poder de adquirir bens e distribuí-los e, assim, é lícito este possuir alguma coisa como própria. Constitui-se em princípio fundamental à vida humana por três razões. Primeiro é que cada um é mais solícito em administrar o que lhe pertence, do que o comum a todos. Segundo, as coisas humanas são mais bem cuidadas quando cada um emprega o seu cuidado em administrar uma coisa determinada. Terceiro, porque cada um cuidando do que é seu de maneira mais satisfatória, reina a paz entre os homens, uma vez que as querelas surgem com mais frequência onde não há divisão das coisas possuídas²⁴.

Portanto, Aquino, seguindo Aristóteles, assegura, consoante a prudência, a legalidade e a necessidade da propriedade privada no âmbito da atual condição humana em termos de maior benefício para o bem comum e, ainda, na orientação dos bens para a ordem, eficiência, segurança e paz, não desconectada dos valores instrumentais da moderna liberdade. Assim, o estado de direito obriga à conclusão que o regime da propriedade privada provê, via de regra, o melhor meio para o florescimento da sociedade humana.

A segunda atribuição que compete ao homem em relação aos bens exteriores é quanto ao uso deles. Aqui, Tomás de Aquino reduz significativamente a extensão e o alcance do regime da propriedade privada da propriedade: “sob esse aspecto, o homem não deve ter as coisas exteriores como próprias, mas como comuns, neste sentido que, de bom grado, cada um as partilhe com os necessitados”²⁵. A idéia do Aquinate não é minar aquilo que foi dito antes sobre a natureza da propriedade privada, mas sim para colocá-la em um quadro equilibrado, no qual os poderes de utilização estejam em consonância com o bem-estar da comunidade, do qual o homem é parte. O tratamento da propriedade não é completo sem a direção externa e inclinação pela qual o direito

²³ *IBIDEM*.

²⁴ TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. II-II, q.66, a.2, r.

²⁵ *IBIDEM*.

de uso da propriedade está necessariamente obrigado - sua teleologia. Deste modo, a principal exigência da justiça, a de dar a cada um o que é seu, significa algo bem além de um libertário atomismo que ignora o bem comum: “os bens temporais outorgados por Deus ao homem são, certamente, de sua propriedade; o uso, ao revés, deve ser não somente seu, senão também de quantos possam sustentar-se com o supérfluo dos mesmos”²⁶.

Assim, Aquino acrescenta ao *dictum* aristotélico que é melhor ter a propriedade privada, mas fazer o uso dela comum. Os princípios da filantropia e assistência de bem-estar humanitária surgem para Aquino não como uma chegada a uma teoria de governo, mas sim como uma característica da propriedade privada²⁷.

Portanto, o outro lado da moeda da posse privada dos bens externos era a obrigação, que Aristóteles também já tinha reconhecido, como a justificação primária da propriedade privada, de criar o espaço para o exercício das virtudes da caridade e da assistência aos desvalidos.

²⁶ TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. II-II, q. 32, a.5, r.

²⁷ Como bem se expressa, com fundamento no Aquinate, Leão XIII em 1891 em sua Encíclica *Rerum Novarum*: “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 à legitimidade da propriedade particular o facto de que Deus concedeu a terra a todo o género 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 isto 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 poderia fornecê-las 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”.

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. Ao estabelecer que é permitido e mesmo necessário que o homem possua as próprias coisas, Tomás faz da propriedade um verdadeiro “poder”, um verdadeiro direito, de tal modo que o roubo será caracterizado como uma injustiça, pois atenta contra esse direito. O “uso” (*usus*) exprime a finalidade a perseguir e a maneira de realizar o exercício desse poder. É porque possui o verdadeiro poder e o verdadeiro direito de possuí-los que o homem deve utilizar os bens como “sendo comuns”, numa disposição virtuosa de “compartilhá-los com os necessitados”. “Poder” e “uso” formam uma espécie de dupla instância do mesmo direito-dever do qual o homem está investido, no plano ético e jurídico²⁸.

Nessa explicação compatibilística da propriedade, o interesse privado individual do proprietário e o maior interesse público da sociedade ocupam uma harmônica coexistência teórica. A *summa divisio* entre privado versus público aparece como uma falsa dicotomia fora da orientação da virtude que assegura a prevenção do colapso em um atomístico egoísmo.

Os bens que alguns têm em superabundância são devidos assim, por direito natural, para o sustento dos pobres, como esclarece Aldo Francisco Migot:

“Os bens que o homem tem são legítimos desde que tenham a finalidade de lhe garantir o um espaço vital digno e suficiente para a vida pessoal e social. Se os bens, por direito natural, pertencem a todos, cada indivíduo tem direito à sua parte, sem o que não se cumpriria a destinação universal, ao menos se se considerar que possuir e desfrutar tudo em comum não é prescrição de direito natural, nem é possível na prática.

Tudo o que ultrapassa a necessidade do espaço vital e tudo aquilo que não é bem administrado ou que, por qualquer razão, pela extensão ou pelo mau uso, prejudicar a outrem, deve ser submetido aos critérios da comunidade, isto é, do bem comum.

Salientando que o comum e o que é direito de todos, segundo Tomás, é sempre prioritário²⁹.

²⁸ Oliveira, Carlos-Josaphat Pinto de. Nota “d” à *Suma Teológica*. II-II, q.66, a.2. In TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. II-II. V. 6. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

²⁹ MIGOT, A F. *A propriedade: natureza e conflito em Tomás de Aquino*. Caxias do Sul: EDUCS, 2003, p. 89.

Assim sendo, evidentemente, grande parte do argumento tomista de compatibilidade depende da manutenção de um curso aristotélico de moderação, definido dentro de uma ordem de valor, no qual o ganho de propriedade nunca é permitido se suficiente para tornar-se um fim em si mesmo, mantendo-se a finalidade da vida virtuosa sempre claramente em vista. Provavelmente, consoante Tomás de Aquino, a capacidade de qualquer Estado para implementar em suas leis as regras morais que conduzam à excelência irá mudar amplamente segundo “a grande variedade de assuntos humanos”. Mas desde que os direitos humanos sejam enquadrados tendo em vista toda a multidão de seres humanos, “a maioria dos quais não está em virtude perfeita”, as leis atingirão os seus objetivos e a propriedade será regulada conforme a natureza das coisas.

Para Tomás de Aquino, o sistema de propriedade privada subordinado a um regime de uso comum constitui a base da ordem política, como em Aristóteles. Nesse contexto, o princípio da propriedade privada enquanto princípio moral reclama a sua articulação com outro princípio moral, o dever dos membros da comunidade política concorrerem individualmente para o uso comum das coisas³⁰.

Tomás de Aquino, ao tratar na questão 32 da *Secunda secundae* do dever de privação em benefício de outrem esclarece que: 1) é dever de justiça pôr os bens supérfluos em comum com aqueles que se encontrem em extrema necessidade; 2) é dever de justiça suportar que quaisquer bens próprios sejam usados por alguém em situação de extrema necessidade; 3) é apenas ato supererrogatório pôr em comum, ativa ou passivamente, o supérfluo em relação àqueles que estão em situação de necessidade, embora não extrema³¹.

Há que se atentar também em Tomás de Aquino para a singularidade do objeto, a terra. A terra é um recurso que se pode explorar com exclusividade, mas não é propriamente uma mercadoria. Ela tem conotações sociais, culturais e ideológicas que a tornam singular³². Deste modo, não há possibilidade de se falar

³⁰ BRITO, M. N. de. *Op. cit.*, p. 173.

³¹ *IBIDEM*, pp. 176 e 177.

³² Como se vê em Fustel de Coulanges: “Como o caráter de propriedade privada está manifesto em tudo isso! Os mortos são deuses que pertencem apenas a uma família, e que apenas ela tem o direito de invocar. Esses mortos tomaram posse do solo, vivem sob esse pequeno outeiro, e ninguém, que não pertença à família, pode pensar em unir-se a eles. Ninguém, aliás, tem o direito de privá-los da terra que ocupam; um túmulo, entre os antigos, jamais pode ser mudado ou destruído; as leis mais severas o proíbem. Eis, portanto, uma parte da terra que, em nome da religião, torna-se objeto de propriedade perpétua para cada família. A família apropriou-se da terra enterrando nela os mortos, e ali se fixa para sempre. O membro mais novo dessa

em uma propriedade da terra que leve a uma completa despersonalização e autonomização como mercadoria.

Mesmo no Ocidente, na antiga Atenas, a posse da terra e a cidadania estavam indissolúvelmente ligadas, pois apenas os cidadãos podiam possuir terras e apenas os donos de terras podiam ser cidadãos: não-cidadãos podiam se dedicar às finanças e ao comércio, arrendar terras e minas, mas não podiam possuir imóveis³³.

Em Tomás de Aquino, portanto, o reconhecimento da propriedade privada não exonera o proprietário da responsabilidade moral por exigências de justiça, que não é assim encarada como um problema exclusivo do sistema político³⁴.

5. OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

Lançadas essas balizas conceituais, podemos agora com mais proficiência enfrentar os problemas concernentes aos fundamentos teóricos da função social da propriedade e, particularmente, esmiuçar os aspectos do acórdão paradigma antes proposto.

A propriedade, direito subjetivo por excelência na época contemporânea, é uma construção social. Construção que se expressa na vitória dos movimentos revolucionários liberais que culminaram com a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776, e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 26 de agosto do mesmo ano. Neles triunfa a idéia de propriedade como direito subjetivo, fruto maior da liberdade do homem. Mas também essa propriedade, culminante e absoluta nos Oitocentos, de características sumamente individualísticas, tem de se conformar à nova realidade social, na qual a irrupção das necessidades de uma sociedade de massas hipercomplexa torna necessárias mudanças profundas nesse direito. Não

família pode dizer legitimamente: Esta terra é minha. — E ela lhe pertence de tal modo, que lhe é inseparável, não tendo nem mesmo o direito de desfazer-se dela. O solo onde repousam seus mortos é inalienável e imprescritível. A lei romana exige que, se uma família vende o campo onde está o túmulo, continua no entanto proprietária desse túmulo, e conserva eternamente o direito de atravessar o campo para nele cumprir as cerimônias do culto” COULANGES, F. de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, cap. VI – O direito de propriedade.

³³ PIPES, R. *Propriedade e liberdade*. São Paulo: Record, 2001, p. 129.

³⁴ BRITO, M. N. de. *Op. cit.*, p. 251.

há que se falar mais em propriedade, mas sim em propriedades (cada qual com a diversidade de sua função):

“Falar em propriedades significa, como ensina o mestre Paolo Grossi, recusar a absolutização da propriedade moderna, produto histórico de uma época, e, com isso, recusar a idéia de um fluxo contínuo e ininterrupto na história jurídica. A propriedade, ‘modelo antropológico napoleônico-pandectista’, consagração de uma visão individualista e potestativa, é apenas uma dentre as múltiplas respostas encontradas, nas múltiplas experiências jurídicas do passado e do presente, à eterna questão dos vínculos jurídicos entre homem e coisas. O termo singular, abstrato, formal, é inadequado para descrever a complexidade das múltiplas formas de apropriação da terra, que antecedem a formulação unitária, correspondente ao período das codificações. Clavero ilustra, sob o paradigma da ‘antropologia dominical’, a pluralidade proprietária anterior à Revolução Francesa, e o inconveniente da projeção de nosso padrão unitário a tal realidade...

Nesta antropologia dominial são variadas as formas e as funções dos ‘domínios’, que não encontram correspondência no hodierno padrão da propriedade como direito subjetivo por excelência, arraigada em nossa cultura jurídica.

Não poderia ser de outro modo, num ordenamento que ainda desconhecia uma formulação unitária do direito subjetivo. O termo *jus*, matriz do direito subjetivo iluminista, aparece nos textos romanos com significados diversos, por vezes mesmo em contraposição a *dominium*. *Ius* refere-se ao objeto da justiça (às leis naturais, civis, feitos do pretor), à arte do justo, a obrigações... e, fundamentalmente, a uma noção semelhante à de mérito, status, condição, no sentido aristotélico de papel ocupado pela pessoa ou coisa no organismo social.

[...]

A equiparação entre *ius* (enquanto direito subjetivo) e *dominium*, ou a atribuição de caráter individualista e absoluto à propriedade romana, é fruto da construção da ciência jurídica moderna, que não guarda relação com o sentido originário da propriedade romana, tampouco com a leitura que dela faziam os juristas medievais.

[...]

Nesta mentalidade de plúrimas propriedades ou formas de apropriação dos bens, paradigmática é a figura do domínio útil, verdadeiro denominador comum da mentalidade proprietária de então. O adjetivo ‘útil’ indica a atribuição de um conteúdo ao conceito romano, conteúdo que se vincula à efetividade da utilização do bem. Atesta

o reinado da efetividade e a impossibilidade de uma fórmula abstrata, de um vínculo puro de relações entre o homem e as coisas”³⁵.

É o momento em que por toda parte insurge-se a idéia de função social, proclamando-a as Constituições e realçando-lhe os aspectos singulares. Como a Constituição de Weimar, cujo art. 153 dispôs: “A Constituição garante a propriedade. O seu conteúdo e os seus limites resultam de lei. (...) A propriedade obriga e o seu uso e exercício devem, ao mesmo tempo, representar uma função no interesse social”³⁶. Ou a Lei Fundamental da República Federal Alemã de 1949 que, por sua vez, dispõe no seu art. 14, 2, que a “propriedade obriga. Seu uso deve estar a serviço do bem comum”.

Ou ainda o texto da Constituição da Itália: “Art. 42. – A propriedade é pública ou privada. Os bens econômicos pertencem ao Estado, ou a entidades ou a particulares. A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina as suas formas de aquisição, de posse e os limites, no intento de assegurar sua função social e de torná-la acessível a todos.”

Não obstante todas essas proclamações, divergem os doutrinadores em conceituar quais são os fundamentos teóricos que fariam afinal com que este direito obrigasse, superando-se a noção de direito subjetivo, que, afinal, expressaria, mais do que o próprio direito em si, a liberdade do homem.

Há autores que, ainda no plano do subjetivismo, irão propor a transmutação moderna do conceito de direito subjetivo pelo de situação jurídica, como em Paul Roubier:

“(...) Chegando a esse ponto de nossa exposição, nós começamos a tomar consciência, mais claramente do que não havíamos ainda visto até agora, do entrecruzamento de direitos e deveres que caracteriza a organização jurídica. É esse entrecruzamento que conduziu, nos autores contemporâneos, a tomar por base de suas construções a noção de situação jurídica mais do que aquela do direito subjetivo. A situação jurídica se apresenta a nós como constituindo um complexo de direitos e deveres; ora, esta é uma posição infinitamente mais freqüente que aquela de direitos existentes no estado de

³⁵ VARELA, L. B. “Das propriedades à propriedade: construção de um direito”, *In* MARTINS-COSTA, J. (org.). *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002, pp. 732-736.

³⁶ OPPENHEIMER, H. *The Constitution of the Federal Republic of Germany*. Londres: Stevens and Sons, Ltd., 1923, p. 213.

prerrogativas desimpedidas, ou de deveres aos quais não correspondam nenhuma vantagem (tradução livre)³⁷.

Também é o caso de Pietro Perlingieri:

“no vigente ordenamento não existe um direito subjetivo - propriedade privada, crédito, usufruto - ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada, isto é, preexistente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto conceito, ou noção, transmitido de geração em geração. O que existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular”³⁸.

Esse último autor classifica mesmo a propriedade como uma situação subjetiva complexa centro de interesses que enfeixa poderes, deveres, ônus e obrigações, e cujo conteúdo depende de interesses extraproprietários, apurados no caso concreto:

“Em substância, portanto, a propriedade não é tão somente um poder da vontade, um direito subjetivo que compete sem mais nada a um sujeito, mas é, ainda mais, uma situação jurídica subjetiva complexa (tradução livre)³⁹.

³⁷ “Arrivés à ce point de notre exposé, nous commençons à prendre conscience, plus nettement qu'on ne l'a encore fait jusqu'ici, de l'entrecroisement des droits et des devoirs, qui caractérise l'organisation juridique. C'est cet entrecroisement qui a abouti, chez les auteurs contemporains, à prendre pour base de leurs constructions la notion de la situation juridique plutôt que celle de droit subjectif. La situation juridique se présente à nous comme constituant un complexe de droits et de devoirs; or, c'est là une position infiniment plus fréquente que celle de droits existant à l'état de prérogatives franches, ou de devoirs auxquels ne correspondrait aucun avantage”. ROUBIER, P. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963, p. 52.

³⁸ PERLINGIERI, P. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 121 e 122.

³⁹ “In sostanza, quindi, la proprietà non è più soltanto un potere della volontà, un diritto soggettivo che spetta tout-court ad un soggetto, ma è ancor più di una situazione giuridica soggettiva complessa”. PERLINGIERI, P. *Introduzione alla problematica della proprietà*. Camerino: Jovene, 1971, p. 101.

Não obstante, esta abordagem, ao não aprofundar os fundamentos teóricos do porquê a propriedade obriga, resvala em uma solidariedade definida abstratamente e funda-se, em derradeiro, na positividade constitucional:

“Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e no pleno desenvolvimento da pessoa (art. 2 Const.) o conteúdo da função social assume um papel do tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social. Esta deve ser entendida não como uma intervenção ‘em ódio’ à propriedade privada, mas torna-se ‘a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito’, um critério de ação para o legislador, e um critério de individuação da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e de atividades do titular”⁴⁰.

“Uma coisa é o problema da conformação do estatuto proprietário, outra é aquela da expropriação. [...] Não é possível, portanto, chegar a propor um estatuto proprietário conformativo que seja substancialmente expropriativo (fala-se em conformação da propriedade privada quando os limites legais não tocam o conteúdo mínimo; de ‘expropriação’ no caso oposto). A conclusão pela qual é preciso falar em conteúdos mínimos da propriedade deve ser interpretada não em chave jusnaturalista, mas em relação à reserva de lei prevista na Constituição, a qual garante a propriedade, atribuindo à lei a tarefa de determinar os modos de aquisição, de gozo e os limites, com o objetivo de assegurar a função social e torná-la acessível a todos”⁴¹.

Deste modo, cabe enfrentar o problema complexo da fundamentação teórica da função social da propriedade, tendo como elemento norteador e prático a nos impulsionar o acórdão antes referido.

Neste, cabe ressaltar que existe um conflito sobre bens e sobre os títulos de atribuição quanto ao uso destes. Como definido em Tomás de Aquino, a propriedade é propriedade segundo o uso e não segundo a substância mesma dos bens. Uma propriedade é legítima se está em conformidade com os limites impostos pelo bem comum, pela destinação universal, sempre anterior a qualquer uso particular. Deste modo, a função social existe, primeiramente, nos bens objeto do direito de propriedade, para depois se ver destacada e atingida

⁴⁰ PERLINGIERI, P. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Op. cit., p. 226.

⁴¹ *IBIDEM*, p. 231.

plenamente com o exercício do direito de propriedade sobre eles, conforme o estatuto proprietário reconheça ou não a função social deste direito:

“A terra é, reconhecidamente, bem de produção; e o que a terra produz ou pode produzir está intimamente ligado à sobrevivência dos seres. A obrigação de fazê-lo e o modo de atingir este desiderato estão na base do campo de atuação do Direito Agrário e, conseqüentemente, no fenômeno agrário.

Começa-se com a denominada função social da terra, por alguns equivocadamente denominada função social da propriedade, em Direito Agrário, trocando o continente pelo conteúdo, pois a função social da terra é o gênero, do qual a função social da propriedade é espécie, como o são também a função social da posse, a função social dos contratos etc”.⁴²

Cada coisa que existe na natureza tem uma função natural. A solução jurídica de um caso concreto deve, normalmente, ser obtida através do recurso conjunto a estas duas fontes, que não são consideradas opostas, mas complementares: por um lado o estudo da natureza e, num segundo momento, a precisa determinação do legislador ou do juiz. A função de cada bem expressa a ordem das tendências ou inclinações naturais aos fins próprios do ser humano, aquela ordem que é própria do homem enquanto pessoa. A terra visa a garantir ao homem um espaço vital digno e suficiente para a vida pessoal e social. Também os bens supérfluos de uma pessoa são todos tidos em comum, no sentido em que o respectivo dono tem o dever de justiça de dispor deles para o benefício daqueles em necessidade, como os pobres⁴³.

A noção de função de um bem significa assim um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. Como explica Teori Zavascki:

“Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. Bens, propriedades são fenômenos da realidade. Direito – e,

⁴² LIMA, G. T. *A posse agrária sobre bem imóvel*. São Paulo: Saraiva, 1992, p.42.

⁴³ FINNIS, J. *Aquinas: moral, political and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 191.

portanto, direito da propriedade – é fenômeno do mundo dos pensamentos. Utilizar bens, ou não utilizá-los, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, representa atuar no plano real, e não no campo puramente jurídico. A função social da propriedade (que seria melhor entendida no plural, ‘função social das propriedades’), realiza-se ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse⁴⁴.

O acórdão, pois, tratou o bem terra (lotes de terrenos) como ele efetivamente era, um bem destinado à moradia. Isso estava expresso na própria intencionalidade dos autores reivindicantes pois, originariamente, intentavam construir um loteamento - Loteamento Vila Andrade - inscrito em 1955, com previsão de serviços de luz e água. Sendo o bem indissociável de sua finalidade, se a realidade urbanística que ele preconizava – o loteamento – volatilizou-se, tragada por uma favela consolidada, por força de uma certa erosão social, deixou o bem de existir como loteamento e também como lotes. Como o acórdão bem dispôs, a realidade concreta prepondera sobre a ‘pseudo realidade jurídico-cartorária’. Esta não pode subsistir, em razão da perda do objeto do direito de propriedade. Como pontua Judith Martins-Costa, a atribuição de função social aos bens enseja, em nossa mente antropocêntrica, centrada e concentrada na idéia de ‘direito subjetivo’, um verdadeiro giro epistemológico, para que passemos a considerar o tema a partir do bem, da *res*, e de suas *efetivas utilidades*⁴⁵.

A segunda questão importante colocada pelo acórdão é se existe um direito dos homens a apropriação em comum dos bens exteriores, sem especificação de direito de propriedade particular por parte de indivíduos, famílias ou grupos. Por certo que sim, como salientam Aristóteles e Tomás de Aquino. A instituição da propriedade privada é do domínio do *ius gentium*, faz parte do direito comum das comunidades humanas, e está regulada pela política da cidade que pressupõe a necessidade da instituição da propriedade privada para uma vida social justa. Alguma divisão da propriedade entre grupos e indivíduos – mas ainda não uma divisão específica e detalhada a qual releva o direito positivo

⁴⁴ ZAVASCKI, T. A. *A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil*. In Martins-Costa, J. (org.). *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 844.

⁴⁵ MARTINS-COSTA, J. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 148.

– é um requisito moral prévio à decisão humana⁴⁶. Darcy Bessone bem esclarece a função social das coisas e sua destinação em comum, demonstrando que as coisas têm a função social vinculada a si mesmas e não às prerrogativas, porventura egoísticas, que alguns homens entendem destinarem-se somente a eles:

“Seria fácil intuir-se, ainda que os historiadores do direito se omitissem a respeito, que, antes de qualquer formulação jurídica, já as coisas se submetiam ao poder do homem, como condição de fato, para o uso e gozo delas. Convenha-se, contudo, em que, mesmo antes de qualquer experiência de direito, antes do Estado e do ordenamento jurídico, o homem já usava, gozava e dispunha materialmente das coisas.

Então, pode-se concluir que o poder de fato sobre as coisas preexistiu ao de direito. Aconteceu, contudo, que os bens necessários ou úteis ao homem não se ofereceram, na natureza, em condições de uso e em quantidade bastante. A insuficiência engendraria lutas terríveis e destruidoras, se não se encontrassem formas de apropriação e uso, convenientemente disciplinadas. A escassez dos bens lhes conferiu sentido econômico e exigiu técnicas jurídicas que ordenassem e disciplinassem a posição do homem, em face da coisa, e as relações entre os homens, a respeito dela.

O poder de fato erigiu-se, assim, em poder de direito. Surgiu, obviamente, o direito de propriedade como um produto cultural, uma criação da inteligência, considerada adequada à organização da vida em sociedade, isto é, da vida social. Seria contraditório que o direito subjetivo de propriedade fosse anterior ao direito objetivo, pois, na conhecida definição de Ihering, entende-se por direito subjetivo o interesse protegido pela lei, o que quer dizer que a sua caracterização requer, além do elemento material – o interesse, o elemento formal, que a lei, o direito objetivo, estabelece. Até porque Adolfo Merkl aponta, como condição prévia e necessária do direito subjetivo, a presença do direito objetivo, pois aquele é conteúdo deste. Se o poder de fato sobre as coisas precedeu o direito objetivo, o direito de propriedade, como direito subjetivo, é conteúdo e fruto dele, como forma técnica de ordenamento da vida social”⁴⁷.

A terceira questão é aquela que indaga que, se os bens exteriores são destinados aos homens em comum, quais são os fundamentos pelos quais é lícito possuir as coisas como próprias? Na hipótese, por quais fundamentos poderiam

⁴⁶ FINNIS, J. *Aquinas: moral, political and legal theory*. Op. cit., p. 200.

⁴⁷ BESSONE, D. *Direitos Reais*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 52-53.

os proprietários reivindicar os lotes não utilizados e, ao revés, qual a quiddidade do direito dos posseiros aos mesmos bens. Trata-se do confronto entre a propriedade sem função social com a posse com função social.

Via de regra, em nosso sistema jurídico, concebidos os julgamentos de maneira estritamente formal, o direito positivo sempre tratou como digno de proteção definitiva o direito de propriedade, conferindo à posse uma proteção meramente provisória, reconhecido aos possuidores tão-somente o direito ao recebimento das benfeitorias e acessões realizadas na coisa⁴⁸.

Para Tomás de Aquino os bens são originariamente destinados a todos em comum. Assim, concorrem a estes o proprietário reivindicante e os possuidores utilizadores. Sobre a propriedade é reconhecida, como qualidade intrínseca, uma função social, fundada e justificada precisamente pelo princípio da destinação universal dos bens. O homem realiza-se através da sua inteligência e da sua liberdade e, ao fazê-lo, assume como objeto e instrumento as coisas do mundo e delas se apropria. Neste seu agir, está o fundamento do direito à iniciativa e à propriedade individual. Mediante o seu trabalho, o homem empenha-se não só para proveito próprio, mas também para dos outros. O homem trabalha para acorrer às necessidades da sua família, da comunidade de que faz parte, e, em última instância, da humanidade inteira, além disso, colabora para o trabalho dos outros, numa cadeia de solidariedade que se alarga progressivamente. A posse dos meios de produção, tanto no campo industrial como agrícola, é justa e

⁴⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 1996.001.01195. 3ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Antonio Eduardo F. Duarte. Julgamento em 14 de maio de 1996. Ação reivindicatória. Cumulação com perdas e danos. Prova do domínio. Posse injusta caracterizada. Retenção por benfeitoria. Inadmissibilidade. Ausência de cerceamento de defesa e de julgamento "ultra petita". Denúnciação da lide ao alienante. Descabimento. Apelos improvidos. O registro imobiliário prova o domínio e, sendo o imóvel devidamente individuado, procede a reivindicatória contra o terceiro que injustamente o detém, visto que tal ação deve ser proposta em face de quem quer que se oponha em antagonismo com o direito de propriedade, porquanto, na disputa entre a posse e a propriedade, prevalece o direito de propriedade (Codigo Civil, artigo 524). Evidenciada a invasão e a clandestinidade, justa não pode ser a posse, o que não autoriza a alegação de ignorância de se estar praticando o ato, para pretender o reconhecimento do direito de retenção por benfeitorias, inclusive em tais hipóteses, tanto mais quando já integrantes do bem imóvel reivindicado, assim como impõe-se aos invasores a obrigação de indenizar as perdas e danos decorrentes e pleiteadas. Nessas circunstâncias, afastado fica o julgamento "ultra petita", como também, porque desnecessária a prova pericial, incore a alegação de cerceamento de defesa, descabendo, ademais, a denúnciação da lide ao alienante, uma vez que não se acha presente a hipótese do artigo 70, inciso I do CPC.

legítima, se serve para um trabalho útil; pelo contrário, torna-se ilegítima, quando não é valorizada ou serve para impedir o trabalho dos outros, para obter um ganho que não provém da expansão global do trabalho humano e da riqueza social, mas antes da sua repressão, da ilícita exploração, da especulação, e da ruptura da solidariedade no mundo do trabalho. Semelhante propriedade não tem qualquer justificação, e não pode receber tutela jurídica.

Portanto o direito de propriedade não é um absoluto formal, mas só se justifica se a ele é dado um uso social e na medida dessa justificação, mormente naquela classe de bens que não se destina primordialmente ao mercado, como é o caso da terra.

O cumprimento da função social da propriedade, deste modo, consubstancia um requisito preliminar, uma causa para o deferimento da tutela possessória; sem causa, inexistente garantia possessória constitucional à propriedade que descumpra sua função social:

“A funcionalização da propriedade é introdução de um critério de valoração da própria titularidade, que passa a exigir atuações positivas de seu titular, a fim de adequar-se à tarefa que dele se espera na sociedade. (...) Pode-se dizer, com apoio na doutrina mais atenta, que a função social parece capaz de moldar o estatuto proprietário em sua essência, constituindo ‘il titolo giustificativo, la causa dell’attribuzione’ dos poderes do titular, ou seja ‘il fondamento dell’attribuzione, essendo divenuto determinare, per la considerazione legislativa, il collegamento della posizione del singolo con la sua appartenenza ad um organismo sociale’⁴⁹.

O próprio Código Civil de 2002 estabelece que o proprietário não tem o direito de não usar o bem. Isso se infere do art. 1.276, § 2º, do Código Civil, que diz que o imóvel que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições. Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.

Portanto, no acórdão em referência, os proprietários, em cadeia sucessória, deixaram de utilizar os terrenos por dezenas de anos a fio; o loteamento do

⁴⁹ TEPEDINO, G.; SCHREIBER, A. *Função social da propriedade e legalidade constitucional: anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul* (AI 598.360.402 – São Luiz Gonzaga). *Revista Direito, Estado e Sociedade*. v. 9, n. 17, ago/dez de 2000, pp. 48-49.

terreno data de 1955; os terrenos foram adquiridos em 1978/1979. Sobre esses terrenos constituiu-se uma situação possessória; trata-se de favela consolidada, com ocupação iniciada há cerca de 20 anos. Está dotada, pelo poder público, de pelo menos três equipamentos urbanos: água, iluminação pública e luz domiciliar. Nela os possuidores têm sua moradia habitual, realizaram melhorias como algumas obras de alvenaria, os postes de iluminação, um pobre ateliê de costureira, etc., tudo a revelar uma vida urbana estável, no seu desconforto. O comércio está presente, serviços são prestados, barracos são vendidos, comprados, alugados, tudo a mostrar que o primitivo loteamento só tem vida no papel.

Como preleciona Marcos Alcino de Azevedo Torres, o direito de propriedade é, em substância, a sua utilização, ou seja, a posse com o qual este é exercitado. O título gera o *ius possidendi* e não exercido, porque não foi transmitida a posse ou não havia posse para transmitir, ou tendo sido transmitida, não ocorreu a utilização da coisa pelo novo titular, sua posse será apenas civil, com base na espiritualização da posse que o direito civil admite. Enquanto permanecer a coisa sem utilização de terceiros, o título jurídico permitirá que o titular coloque em prática o direito à posse, transformando-o efetivamente em posse, possibilitando o cumprimento da função social da propriedade, antes descuidada. Essa posse artificial, meramente civil (normalmente posse do proprietário), em confronto com a posse real, efetiva (quando essa última for qualificada pela função social) deve ceder a esta⁵⁰.

O ganho de propriedade nunca deve ser permitido se suficiente para tornar-se um fim em si mesmo. Deve-se manter a finalidade da vida virtuosa sempre em vista e, deste modo, à propriedade que não exerce sua função em confronto com a posse com função social não se deve dar tutela jurídica.

Por último, resta responder, para a fundamentação teórica do acórdão, se assertivas acima expostas aplicam-se a toda sorte de bens ou somente àqueles que não fossem bem administrados ou supérfluos.

Para Tomás de Aquino, desenvolvendo o direito aristotélico, o conceito de direito é prioritariamente concebido como algo que pertence ao outro. Assim, existem preceitos de justiça, cada um impondo a mim e à minha comunidade um dever a todos sem discriminação⁵¹. Deste modo os direitos de propriedade

⁵⁰ TORRES, M. A. de A. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007, p. 373.

⁵¹ As virtudes anexas da justiça mandam pagar o que se deve a determinadas pessoas para com as quais se está obrigado por alguma razão especial. Da mesma maneira a justiça propriamente

privada são válidos porque necessários para a prosperidade e o desenvolvimento, mas são sujeitos a um dever de distribuir, direta ou indiretamente, os *superflua* – isto é, tudo além do que alguém necessita para manter a si próprio e sua família em um estado de vida apropriado para ele e sua vocação. Pois os recursos do mundo são, “por natureza”, comuns; isto é, os princípios da razão não identificam qualquer um como tendo uma prerrogativa anterior a eles, a não ser em razão de algum plano costumeiro ou outro socialmente positivado para a divisão e apropriação de tais recursos. E tais planos não poderiam ser autorizativos moralmente, a menos que reconhecessem algum dever de que se distribuíssem os *superflua*⁵².

Ruy Azevedo Sodré, em sua tese de doutorado na Faculdade de Direito da USP, esclarece a distinção entre o suficiente e o superabundante dos bens apropriados:

“Todo homem tem direito absoluto à quantidade de bens necessários ao preenchimento dos deveres inerentes à sua condição social. É o que se denomina de propriedade humana. O direito à vida por parte do pobre é superior ao direito de superabundância do rico. É a única exceção ao direito de propriedade: *exceptio in rebus extremis*.

Na propriedade do superabundante, distinguem-se os dois elementos: o social – *usus* – os bens exteriores devem ser detidos em proveito da comunidade, e o individual – *procuratio et dispensatio* – isto é, fazê-los produzir e distribuí-los proporcionalmente às necessidades de cada um. Esta gerência é remunerada. É a propriedade ativa”⁵³.

Deste modo, os lotes de terreno eram disputados pelos proprietários e pelos possuidores. Esses nada tinham além dos bens de moradia (barracos) edificadas sobre os terrenos (*A favela já tem vida própria, está, repita-se dotada de*

dita faz pagar a todos em geral o que lhes é devido. Após os três preceitos pertencentes à religião pelos quais se paga o que se deve a Deus; e após o quarto, que pertence à piedade, e que se faz pagar o que se deve aos pais e que inclui todas as dívidas procedentes de alguma razão especial; era necessário dar seqüência aos preceitos relativos à justiça propriamente dita, que obriga a render indistintamente a todos os homens o que lhes é devido. TOMÁS DE AQUINO *Suma Teológica*. II-II, q.122, a.6, r.

⁵² FINNIS, J. *Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2007, p. 55.

⁵³ SODRÉ, R. A. *Função social da propriedade privada*. Tese de Doutorado em Filosofia do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Empresa gráfica da Revista dos Tribunais, s/d., p. 169.

equipamentos urbanos. Lá vivem muitas centenas, ou milhares, de pessoas. Só nos locais onde existiam os nove lotes reivindicados residem 30 famílias. Lá existe uma outra realidade urbana, com vida própria, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade. O comércio está presente, serviços são prestados, barracos são vendidos, comprados, alugados). Para todos os efeitos de direito estão em situação de necessidade extrema. Para os proprietários, os bens, ao revés, são evidentemente *superflua*. Não diligenciaram estes em reavê-los por anos a fio; jamais exerceram a posse efetiva dos mesmos para qualquer finalidade útil. Têm deles apenas a posse artificial, meramente civil.

Assim, o direito à propriedade dos bens pressupõe algum uso válido para estes no decorrer do tempo e quando confrontada a propriedade sem função social de bens *superfluos* com a posse com função social desses mesmos bens, a propriedade deve ceder à posse porque, como asseverava Tomás de Aquino, só será ato *superrogatório* pôr em comum, ativa ou passivamente, o *superfluo* em relação àqueles que não estão em situação de necessidade extrema. Para todos os outros, em litígio, impõe-se o dever de justiça de distribuição dos bens.

6. CONCLUSÃO.

A conclusão a ser extraída do presente trabalho é a de que, como apontou o acórdão do Superior Tribunal de Justiça concernente à prevalência da posse com função social sobre a propriedade sem função social na favela do Pullman em São Paulo, encontramos-nos em um momento importante para o direito no qual se procede à progressiva substanciação do conteúdo dos direitos.

Como demonstrado no texto, o direito de propriedade não pode mais ser concebido como um puro direito subjetivo, um poder do sujeito que expressa e realiza a sua liberdade. Não, pelo contrário, ele tem de ser estudado em sua complexidade, na sua interação com a totalidade dos membros da sociedade, proprietários e não-proprietários. A função social da propriedade só é corretamente compreendida quando se superam as insuficiências do conceito de direito subjetivo como um poder do sujeito e as aporias das categorizações abstracionistas, como a das situações jurídicas complexas, e se intenta uma reflexão teórico-filosófica que dê conta da complexidade do que significa a funcionalização de um direito, necessariamente a pressupor uma objetividade correlata com a teoria da justiça.

Para nos ajudar nesse itinerário, recorreremos ao magistério de Tomás de Aquino sobre a propriedade. Tomás de Aquino, como visto, tratou a propriedade de maneira objetiva, a partir da teoria da justiça. 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. Ao estabelecer que é permitido e mesmo necessário que o homem possua as próprias coisas, Tomás faz da propriedade um verdadeiro “poder”, um verdadeiro direito, de tal modo que o roubo será caracterizado como uma injustiça, pois atenta contra esse direito. O “uso” (*usus*) exprime a finalidade a perseguir e a maneira de realizar o exercício desse poder. É porque possui o verdadeiro poder e o verdadeiro direito de possuí-los que o homem deve utilizar os bens como “sendo comuns”, numa disposição virtuosa de “compartilhá-los com os necessitados”. “Poder” e “uso” formam uma espécie de dupla instância do mesmo direito-dever do qual o homem está investido, no plano ético e jurídico.

Os bens que o homem tem são legítimos desde que tenham a finalidade de lhe garantir o espaço vital digno e suficiente para a vida pessoal e social. Se os bens, por direito natural, pertencem a todos, cada indivíduo tem direito à sua parte, sem o que não se cumpriria a destinação universal, ao menos se se considerar que possuir e desfrutar tudo em comum não é prescrição de direito natural, nem é possível na prática.

Tudo o que ultrapassa a necessidade do espaço vital e tudo aquilo que não é bem administrado ou que, por qualquer razão, pela extensão ou pelo mau uso, prejudicar a outrem, deve ser submetido aos critérios da comunidade, isto é, do bem comum.

Fundado nesse sólido referencial teórico é possível conceber, como foi explanado no acórdão citado, que no confronto entre a propriedade sem função social com a posse com função social, o direito de propriedade é, em substância, a sua utilização, ou seja, a posse com o qual este é exercitado. O título gera o *ius possidendi* e não exercido, porque não foi transmitida a posse ou não havia posse para transmitir, ou tendo sido transmitida, não ocorreu a utilização da coisa pelo novo titular, sua posse será apenas civil, com base na espiritualização da posse que o direito civil admite. Enquanto permanecer a coisa sem utilização de terceiros, o título jurídico permitirá que o titular coloque em prática o direito à posse, transformando-o efetivamente em posse, possibilitando o cumprimento da função social da propriedade, antes descuidada. Essa posse artificial, meramente civil (normalmente posse do proprietário), em confronto com a posse real, efetiva (quando essa última for qualificada pela função social) deve ceder a esta.

Deste modo, temos esboçado aqui um instrumental bastante útil para tentar definir os contornos do que seria a função social da propriedade e sua correta aplicação pelos Tribunais nos litígios reivindicatórios e possessórios.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Ética a Nicômacos*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- BESSONE, D. *Direitos Reais*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BRITO, M. N. A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional. Coimbra: Almedina, 2007.
- CABANILLAS, R. R-B. *La filosofía jurídica de Michel Villey*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1990.
- COULANGES, F. DE. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- FINNIS, J. *Aquinas: moral, political and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- _____. *Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2007.
- LIMA, G. T. *A posse agrária sobre bem imóvel*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- MARTINS-COSTA, J. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MIGOT, A. F. *A propriedade: natureza e conflito em Tomás de Aquino*. Caxias do Sul: EDUCS, 2003.
- Oliveira, Carlos-Josaphat Pinto de. Nota “d” à *Suma Teológica*. II-II, q.66, a.2. In TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. II-II. V. 6. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- OPPENHEIMER, H. *The Constitution of the Federal Republic of Germany*. Londres: Stevens and Sons, Ltd., 1923.
- PÊCEGO, D. N. *A lei e a justiça na Suma Teológica*. *Aquinate*. Revista Eletrônica de Estudos Tomistas. 2008 (6), pp. 160-178. ISSN 1808-5733. Disponível em <http://www.aquinate.net/p-web/Revista-Aquinate/Artigos-pdf/Artigos-6-edicao/Artigo%209-Pecego.pdf>. Acesso em 25.05.2008.
- PERLINGIERI, P. *Introduzione alla problematica della proprietà*. Camerino: Jovene, 1971.
- _____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- PIPES, R. *Propriedade e liberdade*. São Paulo: Record, 2001.
- ROUBIER, P. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963.

SODRÉ, R. A. *Função social da propriedade privada*. Tese de Doutorado em Filosofia do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Empresa gráfica da Revista dos Tribunais, s/d.

TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. I-II. V. 4. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

_____. *Suma Teológica*. II-II. V. 5. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

_____. *Suma Teológica*. II-II. V. 6. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

TEPEDINO, G. E SCHREIBER, A. Função social da propriedade e legalidade constitucional: anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (AI 598.360.402 – São Luiz Gonzaga). *Revista Direito, Estado e Sociedade*. v. 09, n. 17, ago/dez de 2000.

TORRES, M. A. DE A. A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VARELA, L. B. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In MARTINS-COSTA, J (org.). *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002.

VILLEY, M. “Abrégé du droit naturel classique”. *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, n. 6, pp. 25-72, 1961.

ZAVASCKI, T. A. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In MARTINS-COSTA, J (org.). *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002.