

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

RAFAEL MACHADO SOARES

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E EXPECTATIVAS NORMATIVAS: O CASO DA
FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO DE PROPRIEDADE**

São Leopoldo
2007

RAFAEL MACHADO SOARES

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E EXPECTATIVAS NORMATIVAS: O CASO DA
FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO DE PROPRIEDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

São Leopoldo

2007

S676d Soares, Rafael Machado

Direitos Fundamentais e Expectativas Normativas : o caso da função social no direito de propriedade/ Rafael Machado Soares. – 2007.

133 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2007.

Orientador: Dr. Leonel Severo Rocha.

1. Direito de propriedade. 2. Desigualdade social.
3. Dignidade humana. I. Rocha, Leonel Severo, orientador.
II. Título.

CDU: 347.23

Bibliotecária responsável Schirlei T. da Silva Vaz - CRB 10/1364

UNIVERSID

PROGRAM

RESUMO

A relação homem natureza não é algo novo. Dentre os bens naturais, o homem explorou, desde os primórdios, as benesses do solo, exploração que, na medida em que foi avançando, passou a ser motivo de discórdia social, justificada pelo fato de que, usado o solo como fonte de subsistência, fez surgir a necessidade de acesso a esse. Esse acesso, porém, não ocorreu de forma igualitária, acarretando o desequilíbrio econômico e social da maior parte dos integrantes desta sociedade. Diante do aumento da desigualdade social, gerada pela necessidade cada vez maior de acesso a esse bem de produção e pela possibilidade restrita a alguns privilegiados da perfectibilização deste objetivo, passou a propriedade a ser cada vez mais estudada para que a sua utilização fosse destinada dentro dos anseios sociais. O presente trabalho, portanto, terá como objetivo analisar esse direito fundamental sob o prisma da categoria das expectativas normativas de Luhmann, estudando as possibilidades legais de acesso à propriedade, bem como contribuir com novas formas de interpretação das normas vigentes para aumentar a possibilidade de redução da complexidade e da desigualdade social através do acesso ao referido bem. Para tanto, utilizar-se-á a teoria dos sistemas de Luhmann, tendo como método o funcionalismo luhmanniano e como método de procedimento, o bibliográfico.

Palavras-chave: Complexidade social. Desigualdade. Dignidade humana. Propriedade. Teoria dos sistemas.

ABSTRACT

The relation man nature is not something new. Amongst the natural possessions, the human being explored since the beginning, the goods of the ground. This exploration, that it was advancing in the measure, started to be reason of social discord, once being this ground used as subsistence source, there was the access necessity in order to reach out this purpose. This access, however, as it will be analyzed, was not generated in an equal way, causing, for consequence, the economic and social disequilibrium of most of the participants of this society. Considering the increase of this inequality, generated each time more for the necessity of access to this capital possession, and for the restricted possibility to the some privileged ones of this objectives, perfectibilization, beginning the property to always be more and more studied, so that its use was destined inside of the social yearnings. The present study, therefore, will have as objective to analyze this fundamental right under the normatives expectatives ideas of Luhmann, studying the legal possibilities of access to the property, as well as contributing with new ways of interpretation of the effective norms to increase the possibility of reduction of the complexity and of the social inequality being used this capital possession. In such a way, it will be used the Luhmann's systems theory, having as method the Luhmann's fonctionalism, and as procedure method, the bibliographical one.

Key-words: Human being dignity. Inequality. Property. Social complexity. Systems' theory.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE	12
1.1 Da pré-história à Idade Antiga	13
1.2 A propriedade na Idade Média	20
1.3 A propriedade na Idade Moderna	28
1.4 A propriedade na Pós-modernidade	39
2 NORMATIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE	48
2.1 Evolução Constitucional	48
2.2 Evolução Infraconstitucional	55
2.2.1 Ordenações Filipinas	55
2.2.2 Alterações do Código privado	57
2.2.3 Estatuto da Terra: Lei 4.504/64	69
3 EXPECTATIVAS NORMATIVAS DE ACESSO À PROPRIEDADE À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS	76
3.1 Teoria dos sistemas e propriedade: uma nova visão	76
3.1.1. O Direito como subsistema funcionalmente diferenciado	77
3.1.2. A redução da complexidade	79
3.1.3. As expectativas normativas	85
3.2 Formas de acesso à propriedade	89
3.2.1 A Usucapião: origem	90
3.2.1.1 Fundamentos da usucapião	92
3.2.1.2 Coisas usucapíveis: (im)possibilidade de usucapir terras devolutas	94
3.2.2 O acesso à propriedade através da desapropriação	101
3.2.3 O acesso à propriedade pelas decisões nas ações possessórias	106

3.2.3.1 Da observância dos requisitos constitucionais na ação de reintegração de posse	108
3.2.3.2 Da (im)possibilidade de deferimento de medida liminar na ação de reintegração de posse	114
CONSIDERAÇÕES FINAIS	118
REFERÊNCIAS	124

INTRODUÇÃO

A presente dissertação, dentro dos limites a que se propõe, abordará a possibilidade de apresentar formas de utilização da propriedade que objetivem a redução da complexidade social. Com isso, ter-se-á uma nova forma de observação desse bem, compatível com as expectativas normativas próprias da sociedade contemporânea.

Optou-se por essa investigação, em sede de pós-graduação stricto sensu, por se entender que a propriedade é mola propulsora da desigualdade social que assola o mundo. Surge, em razão disso, a necessidade de uma exploração adequada, para que, assim, seja construída uma sociedade mais justa e igualitária, que garanta o mínimo de dignidade aos cidadãos que a compõem. Dessa forma, evidencia-se a relevância do problema, uma vez que não é novidade, no Brasil, que a propriedade e seu arcabouço normativo não vêm correspondendo à expectativa social. A consequência disso é a perda da função para a qual foi pensada dentro do sistema jurídico: garantir efetivamente o progresso social e econômico da sociedade como um todo.

Com base nessas premissas, os objetivos do presente trabalho foram o de responder as seguintes questões:

- a) Que expectativas normativas trouxe a positivação da função social na CF/88?
- b) Que mecanismos auto-referenciais o Direito possui para a estabilização das expectativas concernentes a função social?
- c) Que tipos de decisão, portanto, são tomadas para resolver a complexidade no problema da função social?

Para responder aos questionamentos propostos, a dissertação está estruturada em três capítulos, interconectados, cujos títulos e subtítulos restaram dispostos de forma a se chegar a uma conclusão lógica. O primeiro capítulo contemplará a evolução do direito de propriedade. Nesse contexto, abordar-se-á o direito de propriedade no contexto da Pré-história à Idade Antiga. Posteriormente, analisar-se-á este direito no contexto da Idade Média, seguindo-se a análise na Idade Moderna e, finalmente, abordar-se-á este direito no contexto da Pós-modernidade.

Por sua vez, o segundo capítulo abordará a evolução normativa desse direito, tendo tal análise início pela evolução constitucional. Nesse momento apontar-se-á o seu aparecimento nesse contexto, sendo analisadas as alterações ocorridas no tempo, diante das novas Constituições, cuja finalização se dará na Constituição atual de 1988. Logo após, será efetuada uma pesquisa no contexto normativo infraconstitucional, iniciando-se a análise nas Ordenações Filipinas. Fato contínuo será a análise da Lei de Terras, passando, em seguida, para o contexto do Código Civil Brasileiro, efetuando-se uma comparação com alguns dispositivos do Código Civil de 1916. Finalmente, será analisado o Estatuto da Terra.

O terceiro capítulo, por seu turno, tratará das expectativas normativas de acesso à propriedade à luz da teoria dos sistemas. Após a abordagem acerca da propriedade sob a ótica sistêmica, analisar-se-á a usucapião, questionando a possibilidade de usucapir terras devolutas. Discorrer-se-á, após, sobre o instituto da desapropriação, fazendo uma análise aprofundada no seu contexto normativo e, finalmente, discorrer-se-á sobre o acesso à propriedade através das decisões proferidas nas ações possessórias.

Para tanto, utilizar-se-á a teoria dos sistemas de Luhmann, tendo como método o funcionalismo luhmanniano e como método de procedimento, o bibliográfico.

Toda a dissertação tem como base os postulados da primeira fase da teoria Luhmaniana (na qual não são utilizados os conceitos da autopoiese), a qual vê, no direito, uma forma de institucionalizar expectativas, diminuindo com isso a indeterminação e o risco (conseqüente redução da complexidade). A teoria dos sistemas tem como principal objetivo o fornecimento de uma nova descrição a respeito de certos fenômenos sociais. Não se trata, aqui, somente, de perscrutar a dogmática estabelecida a respeito do direito à propriedade, pois, muito mais importante é verificar sua correlação com o sistema social na qual se insere.

Como diria Luhmann¹, a positivação do direito é algo fundamental para o entendimento da sociedade. Assim sendo, se o direito de propriedade passa a ser positivado em determinado ordenamento jurídico, significa que ele passou de um nível de expectativas comportamentais para expectativas normativas. Dessa forma, o problema é deslocado para uma outra forma de observação: a observação de segundo grau.

¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I* Tradução de: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

Nessa linha de raciocínio, o direito da propriedade apresenta-se como um necessário viés para se observar tanto o Direito como a sociedade (observação de segundo grau). Isso somente pode ser conseguido pela figura de um outsider, de um terceiro. Em outras palavras: para que sejam definidas as expectativas normativas lançadas em direção à propriedade, mostram-se necessárias tanto a visão jurídica quanto a social.

Diga-se, ainda, que tais expectativas são geradas tanto pela norma (exterioridade) como pelo destinatário (interioridade). Essa dupla face possibilita dizer que o Direito, em Luhmann, é algo muito mais complexo e aberto do que em autores como Kelsen². Essa interligação torna-se factível por intermédio da existência de sistemas.

Os sistemas, contudo, não são abertos da forma como a hermenêutica filosófica defende, uma vez que com tal pressuposto corre-se o risco de se descaracterizar o direito de propriedade. É necessário, pois, um mínimo de juridicidade para que as expectativas não sejam demasiadamente incontroláveis.

Dessa maneira, a dissertação, que ora se apresenta, tratará de uma nova forma de observação (teoria dos sistemas), para um antigo instituto social (propriedade). Nesse intermédio, exurge o Direito enquanto forma aquisitiva de evolução social. A co-ligação entre propriedade e Direito é, pois, a problemática de relevo do trabalho, inseridos que estão em um sistema social que os influencia e os recria diariamente.

² Leonel Severo Rocha aponta o fato de que: em Kelsen a criação de uma norma jurídica é sempre regulada por outra norma jurídica superior, e assim, sucessivamente, até atingir o topo: o fundamento de validade do ordenamento. ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo. Ed. Unisinos, 1998, pág. 69.

1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

A análise do direito de propriedade e de sua respectiva função social parte, na concepção de Luhmann, de uma compreensão de sociedade complexa e contingente³. Nesse sentido, pressupõe-se uma necessária co-evolução entre direito e sociedade. Essa evolução, no caso do direito de propriedade, foi fruto de uma necessidade, uma vez que, com o passar dos tempos, face às alterações do meio, aumentou-se a complexidade social.⁴ Tal complexidade fez com que surgissem estruturas, que, por sua vez, geraram desapontamentos, a ponto de que as escolhas nem sempre estavam em consonância com a real complexidade do tempo.

É com esse propósito, ao desenvolver sua já citada tese de co-evolução entre sociedade e sistema jurídico, que Luhmann utiliza o direito de propriedade como exemplo, ao analisar a questão das expectativas comportamentais em sociedade

outros homens que se inserem no campo de minha visão como um “alter ego” como fontes eu-idênticas da experimentação e da ação originais [...] As possibilidades atualizadas por outros homens também se apresentam a mim, também são as minhas possibilidades. *A propriedade, por exemplo, só tem sentido como defesa nesse contexto*. As possibilidades me são apresentadas na medida em que os outros as experimentam, sem podê-las atualizar totalmente como experimentações propriamente suas. Com isso adquire a chance de absorver as expectativas dos outros, ou de utilizá-las no lugar das minhas, de ver através dos olhos dos outros, de deixar que me relatem algo, e dessa forma ampliar meu próprio horizonte de expectativas sem um maior gasto de tempo. Com isso alcanço um imenso aumento da seletividade imediata da percepção.⁵

Dessa forma, percebe-se que a propriedade – e seu direito – são vistos como frutos de uma aquisição evolutiva da sociedade. Impossível pensar de forma diferenciada. De fato, as expectativas lançadas em relação à propriedade dependem tanto de sua regulação jurídica quanto do que essa mesma sociedade espera da função do sistema jurídico sobre a questão da propriedade. A busca, portanto, de uma redução de complexidade social do que hoje se denomina função social da propriedade passa pela evolução histórica da observação social em relação ao sistema jurídico, uma vez que o estágio atual (função social) é

³ ROCHA, Leonel Severo. Da Epistemologia Jurídica Normativista ao Construtivismo Sistemico; In: ____; SCHWARTZ, G.A.D.; CLAM, J. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 31.

⁴ Luhmann define complexidade dizendo que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. p. 45.

⁵ *Ibid.*, p. 46-47.

desencadeado por uma série de fatores (complexidade) adquiridos durante o desenvolvimento da sociedade.

Além disso, leve-se em consideração que a positivação do Direito é fenômeno recente. O conteúdo do que é “função social” pode ser observado a partir de uma busca na história da sociedade e de suas estruturas. Esse é o objetivo, pois, do estudo da evolução histórica do direito de propriedade: clarificar as expectativas normativas em relação à propriedade desde os tempos mais remotos até o atual, com a intenção de colocar a “função social da propriedade” – mandamento constitucional – em um patamar de objetividade equânime às expectativas que a sociedade brasileira possui em relação ao texto constitucional, e, portanto, à produtividade das terras.

Assim, para se falar em direito de propriedade – e função social –, necessário se faz perscrutar o surgimento desse direito, analisando-se a evolução do homem e sua relação com a terra. Nesse contexto, parte-se da pré-história para a história, analisando-se a dominação da natureza pelo homem. No contexto histórico, é estudado o direito de propriedade na Antigüidade, mais, Idades Média, Moderna e Pós-Moderna.

1.1 Da Pré-história à Idade Antiga

O estudo da evolução histórica do direito da propriedade, desde o período Paleolítico até os dias de hoje, além da prova da complexidade social, destina-se, também, a demonstrar que os direitos fundamentais são uma realidade histórica, ou seja, fazem-se presentes desde os primórdios da civilização. Essa idéia é defendida por Rogério Gesta Leal:

Parece ser consenso entre os historiadores que as origens mais antigas dos direitos fundamentais da pessoa humana se encontram nos primórdios da civilização, abarcando desde as concepções formuladas pelos hebreus, pelos gregos, pelos romanos, e pelo cristianismo, passando pela Idade Média, até os dias de hoje.⁶

Reforçando a idéia de Leal, é possível afirmar que até o momento em que o homem dominou a natureza, houve um longo período evolutivo. Nesse sentido,

O Paleolítico foi o período de domínio do homem pela natureza. Foi a época da economia coletora, que correspondeu ao estágio da selvageria.

⁶ LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à Democracia*. Santa Cruz do Sul: Livraria do Advogado, 1997. p. 20.

Os homens primitivos do Paleolítico viviam em grupos, que habitavam as cavernas e já haviam desenvolvido os rudimentos da linguagem articulada. Esses grupos eram as hordas de coletores e caçadores, que não conheciam a vida sedentária e praticavam o nomadismo. Os homens da caverna não conheciam, também, a agricultura ou criação de animais, e sobreviviam graças à caça, à pesca e à coleta de frutos e raízes.⁷

Com a evolução e a inversão do domínio entre natureza e homem, surge o período Neolítico, compreendido entre 10000 anos antes de Cristo a 5000 anos antes de Cristo, quando o homem passa a utilizar o solo. Aos poucos, passa então a utilizar a terra para produção de alimentos. Engels denominava essa fase como a fase média dentro da barbárie, quando se passa ao cultivo de hortaliças por meio de irrigação.⁸ Corresponde à época em que o homem passa a conviver com os demais homens de sua espécie, numa espécie de clã, organizados em prol da sobrevivência do conjunto e em função do aumento ou do surgimento da complexidade social. A prova dessa convivência se dá, exatamente, com o cultivo da terra que passa a servir como fonte de alimento.

O Neolítico inaugurou a época de domínio do homem sobre o meio ambiente. O homem neolítico colocou a natureza a seu serviço e, através do trabalho passou a produzir seus meios materiais de existência. O surgimento da economia produtora foi denominado por Gordon Childe como “revolução neolítica”, cujas principais características foram o desenvolvimento da agricultura e a domesticação dos animais.⁹

Com a referida evolução, ocorre uma facilitação das condições para a reprodução humana, uma vez que o domínio da natureza pelo homem gerou, automaticamente, mais fontes de subsistência, ocorrendo, com isso, um aumento progressivo dessa espécie. E aí que surge, então, a instituição família, através dos clãs.

Com efeito,

O clã encontra-se na maior parte das civilizações [...]. O clã tem geralmente um nome; tem mitos e rituais próprios, interdições alimentares. [...] O desenvolvimento e mesmo a sobrevivência do clã dependem da coesão de seus membros. Todos estão ligados entre si por

⁷ MELLO, Leonel Itaussu A.; COSTA, Luis César Amad. *História Antiga e Medieval: da comunidade primitiva ao Estado moderno*. São Paulo: Abril, 1985. p. 13.

⁸ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do Estado*. Tradução de: José Silveira Paes. 2. ed. São Paulo: Global, 1984. p. 57-58.

⁹ MELLO, Leonel Itaussu A.; COSTA, Luis César Amad. *Op. cit.*, p. 14.

uma solidariedade tanto activa quanto passiva. [...] O clã forma uma comunidade de pessoas e também de bens.¹⁰

Em função da grande produção de alimentos, esses produtos começam a surgir acima do necessário para sobrevivência da comunidade, gerando, por conseqüência, um excedente da produção, a qual, passa a ser administrada por alguns membros dessa comunidade por terem eles maior capacidade intelectual que os demais. Assim,

A produção de excedentes econômicos, existência de uma abundância relativa a alimentos, levou à separação entre o trabalho manual e o trabalho intelectual. Enquanto a maioria continuou a realizar um trabalho produtivo na agricultura [...] um pequeno grupo se desvinculou da produção e se especializou em atividades administrativas (aristocratas) e religiosas (sacerdotes). O surgimento da propriedade privada, conjugado à separação entre o trabalho manual e o intelectual, gerou diferenciações sociais no interior das comunidades neolíticas. Esse processo deu origem à formação de classes sociais e à substituição das antigas comunidades comunitárias igualitárias por sociedades hierarquizadas, formadas por sacerdotes, aristocratas, artesãos, camponeses e pastores.¹¹

Com o surgimento da Idade dos Metais, por volta de 5000 antes de Cristo, aparecem as primeiras civilizações no Oriente Antigo que, face à utilização das ferramentas fabricadas com os metais descobertos, fomentam a agricultura e geram o surgimento da urbanização. As ferramentas, até então usadas como meio de produzir alimentos e promover o desenvolvimento passam, agora, a ser usadas também nas guerras de conquista. Em decorrência, dá-se a centralização do poder, culminando no aparecimento do Estado. Para tanto, como a mão-de-obra para produção e guerrilha era necessária, nessas lutas, surgem também os primeiros indícios da escravidão, ou seja, o homem passa a dominar não só a natureza como a sua própria espécie. Em face dessa dominação da natureza, a forma de trabalhar com a produção agrícola começa a ser especializada, uma vez que se iniciam obras de canalização para irrigação. A conseqüência é cada vez mais o aumento de produção e o crescimento das cidades pela possibilidade de construção dessa canalização, gerada com o auxílio da metalurgia. Esse período epocal representa o momento de passagem da Idade dos Metais para a Idade Antiga, aproximadamente, em 4.000 antes de Cristo com o surgimento da escrita.

¹⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 42.

¹¹ MELLO, Leonel Itaussu A.; COSTA, Luis César Amad. *História Antiga e Medieval*. p. 16.

A transformação das aldeias neolíticas em cidades populosas, com divisão do trabalho, comércio e artesanatos desenvolvidos, organizadas politicamente como Estados, só foi possível devido ao desenvolvimento das forças produtivas observado entre 6000 e 3000 a.C.; quando os homens acumularam enorme soma de conhecimentos técnicos: a utilização da força de tração animal - o boi - e dos ventos, o uso do arado, do carro de rodas e do barco de vela, a fundição do cobre e, mais tarde, a fabricação do bronze [...], o desenvolvimento de um calendário aperfeiçoado. A nova economia urbana exigiu a escrita, os processos de contagem e os padrões de medida.¹²

Essa evolução do homem não era uniforme, já que, cada tribo, cada clã evoluía de acordo com as suas necessidades, criando suas próprias culturas com suas peculiaridades.

O homem, então, passa a dominar os meios de sobrevivência. E, em função de viver em uma comunidade, iniciam-se algumas divergências quanto à dominação do território e, em decorrência da valorização da terra para o desenvolvimento humano, o homem, passa a buscar individualidade nessa dominação. É o início da propriedade privada da família, ou seja, ter a terra passa a ser algo mais complexo.

As transformações do meio fazem com que a relação propriedade-indivíduo se altere e, assim, a propriedade familiar passa a ser a estrutura criada no momento. O homem passa a desenvolver atividades de cultivo do solo de forma privada, sem que tenha que pensar mais no desenvolvimento, em primeiro lugar, da comunidade em que está inserido, focando a utilização do solo para os seus próprios anseios e, em segundo, valorizando-o como fonte de vida.

Percebe-se que a propriedade privada somente se deu face ao crescimento intelectual de alguns membros da coletividade, que passaram a dominar a utilização do solo para fomento da riqueza pessoal e, em vista dessa riqueza, passaram a ser dirigentes dos demais membros da coletividade. Como consequência dessa utilização do excedente de alimentos pelos dirigentes em trocas de outros bens de consumo, surge o comércio. A partir de então,

ao mesmo tempo em que se transformava a base econômica da sociedade, apareciam as classes sociais dentro do processo de deterioração da comunidade primitiva. Nas sociedades escravistas a divisão em classes sociais abrangia, de um lado, os homens livres - grandes proprietários e pequenos produtores - e de outro, os escravos. A necessidade de manter os escravos em submissão e de ampliar o território e de protegê-lo contra

¹² AQUINO, Rubem Santos Leão de; FRANCO, Denize de Azevedo; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. *História das sociedades: das comunidades primitivas às sociedades medievais*. Rio de Janeiro: Ao livro técnico, 1982. p. 75.

os inimigos do exterior fez aparecer na Grécia e Roma antigas o Estado de classes. [...].¹³

O Estado foi uma conseqüência natural do desenvolvimento. Com o surgimento do comércio, da propriedade privada e das classes dominantes da sociedade não haveria forma de organização da sociedade constituída sem o seu aparecimento, centralizando o poder para manutenção da ordem.

Há [...] duas marcas fundamentais, características do Estado desse período: a natureza unitária e a religiosidade. Quanto à primeira, verifica-se que o Estado Antigo sempre aparece como uma unidade geral, não admitindo qualquer divisão interior, nem territorial, nem de funções. A idéia da natureza unitária é permanente, persistindo durante toda a evolução política na Antiguidade. Quanto à presença do fator religioso, é tão marcante que muitos autores entendem que o Estado desse período pode ser qualificado como Estado Teocrático. [...] Esta teocracia significa, de maneira geral, que há uma estreita relação entre Estado e a divindade [...].¹⁴

Com o passar dos tempos, surgem o Estado Grego e o Romano. No Estado Grego¹⁵, busca-se a auto-suficiência do Estado, sendo constituída por pequenos burgos.

É nessa linha de raciocínio a seguinte afirmação:

no Estado Grego o indivíduo tem uma posição peculiar. Há uma elite, que compõe a classe política, com intensa participação nas decisões do Estado, a respeito dos assuntos de caráter público. Entretanto, nas relações de caráter privado a autonomia da vontade individual é bastante restrita. Assim, pois, mesmo que o governo era tido como democrático, isto significava que uma faixa restrita da população [...] é que participava das decisões políticas [...].¹⁶

Logo após o Estado Grego, é a vez do Estado Romano, cuja base de organização é a família, pois *Roma constituiu-se pelo agrupamento de famílias e das gentes; e continua a*

¹³ AQUINO, Rubem Santos Leão de; FRANCO, Denize de Azevedo; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. *História das sociedades*. p. 79.

¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 53.

¹⁵ Segundo Miranda, o Estado Grego foi o primeiro a questionar à política estatal. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 27. Comenta o autor que: *É na Grécia que o poder político é, pela primeira vez, questionado e objecto de especulação intelectual. Nela se encontram as matrizes do pensamento político ocidental, tanto filosófico quanto científico. Nela surgem os primeiros quadros classificatórios de sistemas políticos.*

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. p. 54.

ser um Estado de base municipal, ainda quando organiza um vastíssimo império de três continentes.¹⁷

A Roma e a Grécia antigas se centralizam em cidades; desenvolvem-se de uma forma esplendorosa. Nelas, a cultura era desenvolvida progressivamente, e o que gera a sua evolução de capital sai diretamente do campo, ou seja, a agricultura era a fonte principal da riqueza. As terras para plantio eram localizadas fora do perímetro urbano, e a dominação do poder se dava pelos proprietários de terras. Para que o comércio gerado pela agricultura se propagasse, naquela época, utilizava-se o transporte marítimo que possibilitava a entrega de produtos a longas distâncias, fomentando, cada vez mais, essa atividade e garantindo a exploração agrícola.

No entanto, para a crescente evolução e, para que o proprietário rural não ficasse preso à sua terra, acelerou-se o sistema de escravidão. Nesse sentido, o homem passa a servir como simples meio de produção, sendo comparado aos animais usados para o desenvolvimento do trabalho agrícola, passando a servir como objeto de comércio.

Desse modo,

A sociedade escravista antiga era constituída de homens livres e escravos. A classe explorada e oprimida fundamental, a dos escravos. A população livre, tanto na Grécia como em Roma, dividia-se em duas classes: a dos proprietários de terra escravistas (à qual pertenciam também os proprietários de oficinas com mão-de-obra escrava, os comerciantes usuários, empreiteiros gerais, etc.) e aquela dos pequenos produtores, na qual convém incluir os camponeses e artesãos.¹⁸

Em decorrência das guerras de conquista por gregos e romanos, para a obtenção de novos territórios, a mão-de-obra escrava acabava sendo cada vez mais necessária para o desenvolvimento da agricultura nos novos territórios. Dessa necessidade contínua de renovação da mão-de-obra, (que não gera muitos encargos aos seus dominadores) têm-se os problemas sociais da classe menos privilegiada da sociedade. Isso, porque os ricos, em função do seu poder de conquista, acabam aumentando as suas riquezas, e a classe desfavorecida vê-se, indiretamente, prejudicada pela falta de oportunidade de emprego face aos encargos de sua contratação. Os grandes proprietários não geravam arrecadação de impostos; era-lhes dispensada essa função pela posição econômica privilegiada que

¹⁷ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. p. 27.

¹⁸ UTCHEKNO, Sergej L. Classes e estrutura de classes na sociedade escravista antiga. In: PINSKY, Jaime (Org.). *Modos de produção na Antiguidade*. 2. ed. São Paulo: Global, 1984. p. 158.

exerciam; já, a classe pobre da sociedade não pagava impostos por não dispor de condições financeiras para tal. Diante desses problemas, tem-se a crise do sistema escravista. Em consequência dessa crise social e por sua repercussão, gerando lutas sociais e insegurança aos proprietários rurais, esses passam a migrar para o meio rural em busca de segurança. Com isso, começam os indícios de resolução desse problema social, pois, com a crise do escravismo, surge a necessidade de mão-de-obra para administrar a propriedade rural e trabalhar pelo proprietário em suas propriedades. O Estado passa a obter a tributação pela renda fiscal e, conjuntamente a esse fato, a classe mais humilde passa a ter uma chance de sobrevivência pelo seu trabalho, ocasionando o aparecimento do colonato.¹⁹ *O senhor de uma terra fazia seu escravo colono, ou cultivador dela, mediante as condições que lhe aprazia. Por este fato o escravo adquiria certos direitos civis, como o do casamento.*²⁰

Nesse sistema,

[...] o latifúndio ficava dividido em duas partes: a reserva senhorial, que se mantinham em mãos do proprietário, e os lotes, cedidos a camponeses. Cada lote era entregue a uma família de trabalhadores em troca de duas obrigações: entrega de parte da produção de seu lote ao proprietário e trabalho na reserva senhorial sem qualquer tipo de remuneração (toda a produção dessa parte da terra cabia ao proprietário). Para os marginalizados sem bens ou ocupação, e mesmo para os camponeses livres, trabalhar nas terras de um grande proprietário significava casa, comida e proteção naquela época de dificuldades e incertezas. Para os escravos, receber um lote de terra era uma considerável melhoria de sua condição. Para seu proprietário, era uma forma de aumentar a produtividade daquela mão-de-obra e ao mesmo tempo baixar seu custo de manutenção, pois os escravos estabelecidos num lote de terra (servi casati) deixavam de ser alimentados e vestidos por seu amo, passando a manter-se por seus próprios meios.²¹

Com as invasões germânicas nesse período²², que ocasionaram a perda de parte das propriedades dos romanos para os invasores, iniciou-se um novo processo, alterando-se o sistema de colonato. Em face da perda de controle dos territórios pelo Estado, os latifundiários passam a receber atribuições estatais, surgindo, *a posteriori*, o Feudalismo. O novo regime passa a vigorar com a entrega de terras aos senhores feudais, para que as

¹⁹ FRANCO JUNIOR, Hilário. *Feudalismo: uma sociedade religiosa, guerreira e camponesa*. São Paulo: Moderna, 2001. p. 6-7.

²⁰ ALENCAR, José de. *A propriedade*. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 15.

²¹ FRANCO JUNIOR, Hilário. *Feudalismo*. p. 7-8.

²² Nesse sentido, consultar GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. p.127.

explorassem em nome dos governantes e, diante da exploração, entregassem parte do lucro aos mesmos. Definitivamente, essa atividade marca o início da Idade Média.

1.2 A propriedade na Idade Média

Na Idade Média, o Feudalismo surge como fonte maior de subsistência, *começa com o campo como local da história*.²³ Esse período se inicia a partir do século IV depois de Cristo e seu término se dá, aproximadamente, no século XV. A partir desse momento, em função do aumento de complexidade social, alteram-se as questões relativas à terra, ocorrendo modificações de poder, alterando-se a forma de exploração da propriedade.

Com a ruralização da sociedade, os poderes estatais começam a ruir. Por sua vez, os latifundiários começam a controlar os colonos que trabalhavam nas propriedades, recebendo, por delegação, a autoridade fiscal do Estado. Formou-se, a partir daí, uma aristocracia fundiária germânica que levava os reis a remunerarem seus colaboradores, em virtude do seu enfraquecimento perante a sociedade da época. *A propriedade e a posse, nesse período, tornam-se uma expressão do poder político. Surge uma hierarquia na organização do domínio, de sorte que o uso da terra fazia-se por concessões*.²⁴ Tal remuneração era efetuada através de lotes de terras doadas pelo rei a título de *beneficium*, por certos serviços prestados. O *beneficium* era vitalício, passando, na maioria das vezes, por herança aos sucessores do beneficiado. Nesse lote de terras, a autoridade passou a ser delegada ao beneficiário que, por sua vez, passava a se afastar da autoridade real, exercendo, por consequência, também poderes estatais na área em que dominava.²⁵ Para que a exploração da área fosse desenvolvida, criou-se a vassalagem.

A sucessão do beneficiado repetia-se na vassalagem. No entanto, aqui, a situação se modificava, ou seja, era uma situação de domínio em que o vassalo devia obediência ao senhor feudal e dependia dessa relação para a sua sobrevivência. Sujeitava-se à sucessão e avocava para si as responsabilidades dela. Esse fato ocorria com frequência em face da busca de outros cidadãos da época para assumir a função. Ocorria também situação inversa, ou seja, em algumas oportunidades, embora o senhor feudal não tivesse interesse de manter a sucessão da vassalagem, acabava sendo obrigado a aceitar a transmissão dessa

²³ ANDERSON, Perry. *Passagem da Antiguidade ao Feudalismo*. São Paulo: Brasiliense, 2001, p. 146.

²⁴ MARQUESI, Roberto Wagner. *Direitos reais agrários e função social*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 71.

²⁵ FRANCO JUNIOR, Hilário. *Feudalismo*. p. 11-15.

posição de trabalho e benefício. Quando ocorria a situação de o vassalo estar em idade avançada e ter apenas um filho, a transmissão da função e o benefício não poderiam ser negados ao sucessor do vassalo, uma vez que havia uma preocupação com o futuro dele naquela época, assumindo as funções do antecessor pela impossibilidade de o mesmo continuar a exercê-las.²⁶ Em se tratando de transmissão de direitos do senhor feudal, se esse tinha apenas uma herdeira mulher, na impossibilidade de exercer tais funções, se essa mulher fosse casada, passava esses direitos a seu marido.²⁷

Para firmar esse contrato de vassalagem²⁸, deveria se submeter o vassalo a três atos:

[...] O primeiro ato era a homenagem, pela qual um indivíduo (o futuro vassalo) se ajoelhava diante de outro (que se tornava seu senhor feudal), colocava suas mãos nas dele e se reconhecia como “seu homem”. O segundo ato, logo a seguir, era o juramento de fidelidade: depois de se pôr em pé, o vassalo jurava sobre a Bíblia ou relíquia de santos. [...] O terceiro ato era o da investidura, pelo qual o senhor entregava ao vassalo um objeto (ramo, punhado de terra ou outros), que simbolizava o feudo então concedido [...].²⁹

Outro motivo do surgimento do Feudalismo se deve à necessidade de produção de alimentos para sobrevivência do povo e, por consequência, a geração de riquezas, advinda da circulação de alimentos produzidos nos feudos. Note-se que

o feudo, entretanto, não era apenas uma unidade econômica do sistema, constituindo ainda uma unidade territorial e político-jurídica da sociedade feudal. O feudo compreendia três partes principais: a reserva senhorial, as terras arrendadas e as terras comuns. A reserva senhorial ou domínio, geralmente incluía as terras mais férteis do feudo, a residência do senhor (o castelo), construções de exploração exclusiva do senhor (forno, moinho, forja, lagar, estábulo, oficinas diversas etc.), a capela e as aldeias onde moravam os camponeses. As terras arrendadas eram trabalhadas pelos camponeses, a cada família cabendo um lote [...] constituído por terras não contínuas (o lote era subdividido em parcelas espalhadas pelos campos de cultivo): era o sistema parceleiro, que obrigava o camponês a se deslocar de uma parcela a outra para cumprir suas tarefas, como a semeadura, a colheita etc.; cada parcela poderia ter produções agrícolas

²⁶ BLOCH, Marc. *A sociedade feudal*. Tradução de: Emanuel Lourenço Godinho. 2. ed. Paris: Albin Michel, 2001. p. 204-205.

²⁷ FRANCO JUNIOR, Hilário. *Op. cit.*, p. 35.

²⁸ Segundo Canotilho, os contratos de vassalagem eram denominados de cartas de franquias medievais. Segundo o autor: *A proto-história dos direitos fundamentais costuma salientar a importância das cartas de franquias medievais dadas pelos reis aos vassallos, a mais célebre das quais foi a Magna Charta Libertatum de 1215*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 376.

²⁹ FRANCO JUNIOR, Hilário. *Feudalismo*. p. 31-32.

diferentes [...]. Além de criar o produto necessário à própria subsistência e à de suas famílias, os camponeses eram obrigados a tarefas suplementares para o senhor: assim como a concessão de nobres criavam a vassalagem - ou seja a obrigação de serviços militares e outros mais -, a concessão de terras aos camponeses implicava a obrigação de prestar serviços e de dar ao senhor parte da produção.³⁰

Cumprе salientar que mesmo predominando a produção agrícola como fonte de subsistênc ia no sistema feudal, essa não era a única atividade desenvolvida, uma vez que a produção artesanal e a prática do comércio também movimentavam a economia.³¹ Dessa maneira, ocorreu o aumento da complexidade social, atingindo a exploração da terra, sendo necessário pensar em estruturas para a regulamentação da referida exploração.

Nesse regime, a propriedade era explorada pelo senhor feudal, com poderes absolutos sobre ela, utilizando a mão-de-obra do vassalo que trabalhava no feudo para garantir a produtividade da terra e manter a geração de riquezas para o senhor feudal.

A propriedade feudal era distribuída pelo rei, com seu livre arbítrio que, por sua vez, delegava esse direito apenas à classes privilegiada da sociedade que, na época, tratava-se da nobreza. Assim,

face a gama de poderes controlados pelo rei, não se torna difícil concluir que, de sua autoridade soberana, promanam poderes e critérios de distribuição de terras, considerando-se especialmente a classe social em que o destinatário se encontrava.³²

O rei, no regime monárquico, representava Deus nos seus atos, uma vez que aquele era considerado uma figura divina, representando, no período, a soma dos poderes pelo seu encargo, ou seja, os poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e o eclesiástico, pela representação divina. Verifica-se que o rei, na verdade, decidia quem merecia receber a propriedade ou não, e condicionava a exploração da mesma a benefícios pessoais, ou seja, centralizava a distribuição da terra na classe alta da sociedade, mantendo a supremacia dessa classe em relação aos demais integrantes da mesma. Contribuía, portanto, para a manutenção do poder real.

³⁰ AQUINO, Rubem Santos Leão de; FRANCO, Denize de Azevedo; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. *História das sociedades*. p. 388-390.

³¹ WOLKMER, Antonio Carlos. O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. In: ____ (Org). *Introdução à história do pensamento político*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 40.

³² SILVA, Leandro Ribeiro da. *Propriedade rural*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 11.

Esse poder dado aos senhores feudais gerava já, nessa época, grandes desigualdades, que beneficiava os proprietários em detrimento dos empregados, vassalos ou servos. *Como conseqüência do tratamento prioritário dispensado às terras do senhor feudal, os servos viviam em grande miséria.*³³

Os servos trabalhavam, muitas vezes, em regime de semi-escravidão, uma vez que, em face da dominação dos senhores feudais e reis sobre essa classe menos privilegiada, teriam os seus integrantes a obrigação de entregar-se como meio de produção, recebendo muito pouco como pagamento dessa atividade.

A forma de retribuição da classe dos servos não era controlada, ou seja, não havia uma norma que viesse a prever esse tipo de contrato, quantificando os direitos de cada participante. Em conseqüência, advinha o inevitável, a opressão da classe trabalhadora pelos dominadores do poder. O objetivo da classe dominante era somente o da rentabilidade com a produção agrícola nos feudos. Os servos, pela supressão de seus direitos, apenas trabalhavam para a sua sobrevivência, enquanto explorados na atividade. A injustiça era pública, no entanto, dada a sua generalização, era considerada como algo normal.

A Igreja era uma das maiores proprietárias de terras³⁴ nessa época, *mas a despeito disso, jamais utilizou suas posses em proveito da coletividade.*³⁵ Utilizava a suposta vontade de Deus para a dominação dos territórios, fomentando a idéia de conquistas de novas terras pelos membros da comunidade nesse regime epocal. Diante da dominação de terras pela Igreja Católica Romana, essa, por conseqüência, acabava por dominar os membros da sociedade com o seu poder advindo da riqueza. Quando havia necessidade de conquista de mais territórios, para que a Igreja adquirisse mais terras, propagava-se a idéia de que tais conquistas que, certamente geraria a morte de alguns, era tão-somente a vontade divina. Portanto, explorava a mão-de-obra dos guerrilheiros, usando desse artifício para o controle dos mesmos.³⁶

A dominação da Igreja era propagada pela idéia de aproximação de Deus pregada pelos cléricos. Eles elaboravam códigos de comportamentos da sociedade da época.

³³ MARQUESI, Roberto Wagner. *Direitos reais agrários e função social*. p. 73.

³⁴ *A Igreja Católica Apostólica Romana foi a maior propriedade de terras no período medieval*. AQUINO, Rubem Santos Leão de; FRANCO, Denize de Azevedo; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. *História das sociedades*. p. 382.

³⁵ MARQUESI, Roberto Wagner. *Direitos reais agrários e função social*. p. 75.

³⁶ AQUINO, Rubem Santos Leão de; FRANCO, Denize de Azevedo; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. *Op. cit.*, p. 382.

Recebiam consideráveis esmolas e doações, o que fazia a Igreja aumentar de forma progressiva a sua riqueza e dominar cada vez mais a sociedade política e economicamente. O clérigo, em virtude do celibato, não se auto-reproduzia, sendo-lhe impossível transmitir a função aos seus herdeiros. No entanto, situação peculiar da época era a dos nobres, uma vez que, ao falecer, os seus bens passavam de imediato ao filho mais velho, deixando os demais filhos desabrigados de fortuna. Para resolver essa situação de desabrigo dos descendentes de nobres e da transmissão das funções do clero, a Igreja trouxe para a função sacerdotal esses nobres. A ocupação de altos postos na Igreja se fazia pela importância do nobre que passava a exercer funções também pela riqueza da família nobre.³⁷ Diante desse contexto, a Igreja

[...] conseguiu sobreviver às invasões germânicas e logo depois iniciou o processo de conversão de bárbaros. Com isso, transformou-se na mais poderosa e influente instituição do sistema feudal, sendo a principal divulgadora da cultura teocêntrica. Todas as relações típicas do feudalismo foram justificadas e legitimadas pelo teocentrismo.³⁸

Nesse mesmo período, também surgiu a classe dos cavaleiros. Eram eles que faziam a defesa do território na época. A nova classe era chamada de *bellatore*, descendentes da população humilde que eram armados e sustentados pelos senhores. Em troca dessa função, passavam-lhes algumas extensões de terras para exploração. Aos poucos, esses cavaleiros foram inseridos na classe da nobreza, dominando no decorrer dos tempos a função política que era da nobreza e, em virtude de suas técnicas de combate dominavam os camponeses, por consequência. Passaram, assim, a ser aceitos em casamentos como membros da nobreza, ocorrendo a fusão das classes de nobres e cavaleiros, extinguindo-se as diferenças entre tais classes.³⁹ Com a multiplicação da população, dá-se um crescimento demográfico acentuado; a produtividade dos feudos cresce de forma progressiva e intensifica-se a necessidade do aperfeiçoamento na utilização da terra.

Diante da fomentação da atividade agrícola, o comércio desenvolve-se a partir das matérias-primas geradas nesse setor, uma vez que, ao utilizá-las, através de sua industrialização, surgiram os produtos artesanais. Da mesma forma, inicia-se a utilização do rodízio de terras, com uma alternância de cultivo e, com isso, impedia-se o esgotamento

³⁷ FRANCO JUNIOR, Hilário. *Feudalismo*. p. 18-28.

³⁸ MELLO, Leonel Itaussu A.; COSTA, Luis César Amad. *História Antiga e Medieval*. p. 241.

³⁹ FRANCO JUNIOR, Hilário. *Op. cit.*, p. 28.

da área. O aumento da população e, em conseqüência, o aumento da demanda de alimentos, elevava o preço dos produtos agrícolas, fomentava a atividade e incentivava, por conseqüência, a procura de novas terras para suprir a demanda de produtos. Surge, ainda, em função de algumas terras não serem propícias à agricultura, à produção pecuária, pela necessidade de matéria-prima para o artesanato e do leite.

Pelas necessidades impostas pelo crescimento demográfico, desenvolve-se a indústria têxtil e a da construção. As cidades começam a ser cada vez mais desenvolvidas, dando indício do declínio do Feudalismo.

O fenômeno do mercantilismo e mesmo o da Revolução Comercial vão se encarregar de alavancar o processo de fragilização do modelo feudal de organização social e da própria propriedade, revelando como prioritária a implementação da idéia de propriedade produtiva, responsável pelo crescimento econômico [...].⁴⁰

Essa crise se desenvolveu com faces diferenciadas: a econômica, a demográfica, a social, a política, a militar, a clerical e a espiritual. A primeira fase - a econômica - foi marcada pela crise no setor agrícola. Isso porque, em face da necessidade de maior produção de alimentos, começou-se uma exploração predatória da terra, com o desmatamento das áreas florestais. Prejudicou-se, com isso, o desenvolvimento da pecuária pela falta de terras para tal atividade, diminuindo-se, em conseqüência, a produção de esterco e a produção leiteira, a de carne e de demais derivados da exploração dessa atividade. Com o desmatamento, houve um desequilíbrio ecológico em determinadas regiões o que gerou o resfriamento do clima ocasionando as chuvas. Tais alterações climáticas provocaram o prejuízo da agricultura, uma vez que as colheitas foram desastrosas, aumentando, assim, o preço do produto agrícola. Por sua vez, o aumento valorativo dessa mercadoria gerou a crise na produção de artesanatos, determinando a crise comercial.⁴¹

Em relação à face demográfica, a crise na agricultura, ocorrida em meados de 1315 a 1317, gerou um problema de saúde. *A fome crônica ou intermitente acabou provocando o aumento de mortalidade, como ocorreu na Grande Fome de 1315-1317.* Além disso, o

⁴⁰ LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 44.

⁴¹ FRANCO JUNIOR, Hilário. *Feudalismo*. p. 58-59.

*declínio demográfico também de ligou às pestes ou epidemias, tendo a Peste Negra ceifado milhares de vidas.*⁴²

Na crise social, os nobres sofreram as conseqüências das demais crises. O poder aquisitivo foi diminuído, na medida em que houve o decréscimo no consumo dos bens produzidos no feudo, gerando o desaparecimento de algumas famílias nobres naquela época.⁴³

Os membros do clero foram-se alterando, com a possibilidade de inclusão na classe de pessoas estranhas à nobreza. Igualmente, procedeu-se ao casamento de nobres com membros da burguesia e do campesinato, desde que ricos. Essa classe burguesa surgida da exploração feudal ganhou, acentuadamente, importância e prestígio, gerando o recuo da aristocracia predominante na época. Assim, os camponeses começam a aumentar as suas riquezas e a ganhar autonomia na exploração de suas terras. *A partir do final século XV e início do século XVI, os burgueses começam a comprar as terras pertencentes aos nobres.*⁴⁴

Na face política, foi reconstituído o poder público pela centralização monárquica. Na militar, o monarca recupera a função de defesa do território e, por conseqüência, de seus súditos. Já na sua face clerical, desencadeou-se uma crise de poder, na qual se disputava a autonomia de investidura de funções, em que a Igreja defendia a sua autonomia, e o poder da Instituição era posto em prova pelo monarca. Por fim, a face espiritual provinha do misticismo e da angústia coletiva. Propagava-se a idéia de que as crises epocais se davam pelo castigo divino, em virtude do afastamento de Deus. Enfim, a perspectiva da morte atormentava muitos.⁴⁵

Pelo decurso do tempo, pelo declínio da nobreza e ascensão da burguesia, o regime feudal passa a sofrer pressões da classe burguesa. Essa categoria social buscava exercer o domínio das propriedades rurais com total autonomia, cessando a exploração da monarquia no que tange à lucratividade da terra e à dominação do monarca, sob as questões de direito de propriedade, principalmente, quanto à discricionariedade da distribuição.

Com a ascensão da burguesia, o regime feudal começa a ruir e, em conseqüência, rompe-se. A burguesia, na época, intenta, cada vez mais, sua independência, exigindo a garantia de respeito aos seus direitos, principalmente, no que tange à independência de

⁴² AQUINO, Rubem Santos Leão de; FRANCO, Denize de Azevedo; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. *História das sociedades*. p. 418.

⁴³ FRANCO JUNIOR, Hilário. *Feudalismo*. p. 63.

⁴⁴ LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. p. 45.

⁴⁵ FRANCO JUNIOR, Hilário. *Op. cit.*, p. 65-67.

controle na propriedade. O Estado absolutista começa a ser combatido pela população, buscando a respeitabilidade dos direitos individuais. A centralização do poder que preponderava no Estado absolutista, por sua vez, começa a ser combatido pela sociedade. As vozes da sociedade da época visam à segurança dos direitos individuais, construindo um novo modelo de Estado, ou seja, o Estado de Direito.⁴⁶ *O Estado de Direito emerge como uma construção própria [...] vinculado a uma percepção de hierarquia das regras jurídicas, com o objetivo de enquadrar e limitar o poder do Estado pelo Direito.*⁴⁷ A primeira fase desse novo Estado é a fase liberal, quando se encerra aí o regime feudal.

Como documento contestatório e abolidor do regime feudal e da monarquia absoluta, a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cristalizou os valores econômicos defendidos pela emergente e vitoriosa classe burguesa revolucionária, mais precisamente a garantia do direito de propriedade privada [...].⁴⁸

Surge, portanto, nesse período, o Estado liberal de Direito. Altera-se o contexto da propriedade e de sua forma de exploração.

Esse modelo liberal surge pela necessidade de limitações de poderes e funções do Estado, cuja idéia propagada nesse momento epocal, é de intervenção mínima estatal.

[...] foi na França, em reação aos ordenamentos medievais e absolutistas, à sua pluralidade de poderes concorrentes e à oposição histórica e secular entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca, que se estruturou de forma mais completa o Estado Liberal de Direito, no qual se refletiu a pugna da liberdade e da propriedade contra o despotismo na área continental europeia. Com a centralização da produção normativa e a divisão dos poderes, técnicas fundamentais de proteção dos direitos da

⁴⁶ Salienta Campilongo que esta forma estatal possui características peculiares defendidas pelos liberais. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p.112. Segundo o autor: *Para a conceituação liberal, o Estado de Direito significa a conjugação de pelo menos três elementos: a) o princípio da legalidade, vale dizer, o império da lei estatal, que é sua característica básica; b) o princípio da publicidade, isto é, da transparência da atuação do Estado na produção das leis, decisões judiciais e os atos administrativos; c) o princípio do equilíbrio e do controle entre os Poderes.[...]*.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre, 2004. p. 86.

⁴⁸ MATTOS NETO, Antônio José de. Garantia de direito à propriedade agrária. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Orgs.). *O Direito Agrário na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 02.

liberdade, passaram o estado e os governados a ter que se submeterem ao ordenamento jurídico.[...] ⁴⁹

Sendo assim, passa-se daquela forma de exploração desse direito com a fiscalização do monarca no Estado absolutista para um exercício mais amplo e controlado, cada vez mais pelo proprietário da terra, que a explora com fins econômicos próprios, passando daí à Idade Moderna com o Estado de Direito.

1.3 A propriedade na Idade Moderna

Após o sistema feudal que vinculava a classe maior da sociedade a esse regime de dependência, surge, como mencionado anteriormente, o *liberalismo*. Sua proposta diferenciada parte da premissa de que o trabalhador rural passaria a fazer parte das preocupações estatais, surgindo, por consequência, o Estado Liberal de Direito. *Passa-se dum sistema de direito feudal [...], de direito arcaico para um sistema desenvolvido e evoluído, reacional e eqüitativo, de tendência individualista e liberal.* ⁵⁰

Com o término do sistema feudal e o advento do liberalismo, garantem àqueles vassalos que trabalhavam em função das ordens dos senhores feudais, mais liberdades e, por consequência, direitos fundamentais. Assim,

[...] o liberalismo parte do pressuposto de correntes filosóficas diferentes daquelas observadas no curso do feudalismo. Ora, enquanto no período feudal a liberdade de iniciativas do indivíduo era sacrificada pelos compromissos, no período liberal, a liberdade do cultivador não foi mais manifestada pelos compromissos que o vinculavam ao senhor feudal, passando a ser objeto de preocupação social. [...] em decorrência do liberalismo europeu, surgiu o que veio a chamar-se individualismo, que consistiu no reconhecimento da importância do homem em geral, que, em épocas anteriores, fora reduzido à condição de escravo, servo, ou a outras condições pouco dignas. A partir daí, o novo Estado que incorporava a vontade geral da sociedade, além de libertar o indivíduo, passou a garantir-lhe direitos fundamentais que se incorporavam nos textos das constituições liberais. ⁵¹

⁴⁹ COPETTI, André. *Direito Penal e o Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 53.

⁵⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica do Direito*. p. 205.

⁵¹ SILVA, Leandro Ribeiro da. *Propriedade rural*. p. 23.

Essa corrente filosófica, como mencionado acima, altera as concepções de sociedade da época, uma vez que o indivíduo passa a ser protegido por regramentos que vêm a lhe garantir direitos básicos para sua sobrevivência e evolução na sociedade onde está inserido.

A idéia de liberalismo começou a tomar conta da sociedade, surgindo, a noção de direitos fundamentais, bem como a exaltação de alguns direitos individuais, sendo que esses passaram a ser materializados em documentos escritos.

O liberalismo puro só foi possível até o século XIX. A partir do século XX as pressões sociais e econômicas, a revolução industrial, a urbanização [...], o desenvolvimento das comunicações e da atividade terciária exigiram novos serviços públicos além daqueles já clássicos. O Estado, cada vez mais, passou a intervir na ordem econômica e social, a normatizar o conteúdo das relações entre os fatores sociais de produção, regulamentando as relações de trabalho e a própria utilização do capital, a expropriar os meios de produção, a suplementar a iniciativa privada, a monopolizar setores da economia, suprimindo as crescentes necessidades individuais e sociais, através de serviços públicos que, em face do princípio da igualdade de tratamento, fundamento da democracia, devem ficar acessíveis a todos os indivíduos.⁵²

A segurança da normatização advinha do documento escrito, meio que serviria de prova da existência do direito, se fosse necessária a sua apresentação. Nesse sentido,

[...] as idéias liberais começaram a surgir em ple no processo de transição da crise do sistema feudal na Europa, através de escritores que muito contribuíram para o aprimoramento social e moral da humanidade, como foi o caso de Montesquieu, com sua obra, *O espírito das leis*, que, apesar de ser nobre e descendente de grandes proprietários de terra no sul da França, desde cedo sempre demonstrou grande aversão ao feudalismo e condenou, também, o absolutismo dos reis.⁵³

A obra de Montesquieu, em referência, constitui uma das causas da ruptura do sistema feudal, no momento em que contribui para a implementação do sistema liberal, pois ele defende o direito à igualdade através da democracia.

⁵² SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 314.

⁵³ SILVA, Leandro Ribeiro da. *Propriedade rural*. p. 24.

Corroborando tal afirmação:

toda desigualdade na democracia deve ser tirada da natureza da democracia e do próprio princípio da igualdade. Por exemplo, pode-se temer que pessoas que precisem de um trabalho contínuo para viver fossem muitos empobrecidas por uma magistratura, ou negligenciassem suas funções; [...] Nestes casos, a igualdade entre os cidadãos pode ser suprimida pela democracia em proveito da democracia. Mas é apenas uma igualdade aparente que se suprime, pois um homem arruinado por uma magistratura estaria em pior situação do que os outros cidadãos, e este mesmo homem, que se veria obrigado a negligenciar as funções, colocaria os outros cidadãos numa situação pior do que a sua; e assim por diante.⁵⁴

Cria-se a estrutura liberal da propriedade, na qual o proprietário possuía uma gama de poderes, com escassas limitações, uma vez que explorava a propriedade com pouca intervenção estatal. O Estado, por sua vez, naquela época, preocupava-se, prioritariamente, com a produção, para gerar cada vez mais riquezas através da exploração da terra.

O liberalismo garantiu aos cidadãos a hegemonia legal, ou seja, a igualdade de oportunidades de acesso à propriedade, permitindo que aquele que tivesse condições para ser proprietário, tivesse oportunidade para alcançar esse direito, e não-somente os senhores feudais como no regime do feudalismo, desde que, com condições financeiras para tal. Nesse sentido, o Estado liberal surgiu pela necessidade de garantia dos direitos individuais, sendo que o direito de propriedade se insere nesse contexto; no entanto, sendo exercido sem preocupação com obrigações sociais, ou seja, no que tange à propriedade, ela poderia ser explorada com respaldo, da forma que o proprietário assim o desejasse para alcançar os seus objetivos com a exploração, sem que houvesse aquela troca de obrigações entre os senhores feudais, reis, servos ou camponeses. Cessa aquela dominação da classe suprema sobre a menos privilegiada, com referência à livre iniciativa de progresso sem dependência pessoal e econômica dos menos privilegiados em relação aos que dominam o poder Estatal.

⁵⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondant. *O espírito das leis*. Tradução de: Chistina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 58.

A conseqüência dessa nova forma de Estado foi a possibilidade de exploração individual da terra com o objetivo de progresso econômico. A partir desse momento, necessário se faz incluírem direitos aptos a resolver essa complexidade social, criada com a evolução, produzindo normas aptas a contribuir para esse objetivo. Tais direitos nada mais são do que estruturas criadas para controle de complexidade.

Nesse sentido, para que o indivíduo alcançasse esse direito, não mais precisaria depender de compromissos perante a classe social privilegiada da época, ao qual anteriormente estava diretamente vinculado, sob pena da não-sobrevivência sua e a de sua família. O individualismo nasce nesse período, garantindo, por conseqüência, direitos fundamentais ao proprietário, que começa a ser encarado como indivíduo e não mais como meio de produção.⁵⁵

Nesse Estado liberal, a exploração do imóvel era executada sem maiores preocupações com os seus efeitos, uma vez que a exploração da terra tinha como primordial diretiva a geração de riquezas e nada mais. Aquele Estado intervencionista que dominava o feudalismo começa a ruir; diminuem-se os poderes do Estado em relação aos seus cidadãos e, esses, passam a ter uma autonomia maior de vontade. Dessa forma,

o modelo econômico do liberalismo se relaciona com a idéia dos direitos econômicos e de propriedade, individualismo econômico ou sistema de livre empresa ou capitalismo. Seus pilares têm sido a propriedade privada e uma economia de mercado livre de controles estatais. [...] A mais alta exteriorização da personalidade do indivíduo no Estado Liberal é o gozo pacífico e absoluto da propriedade. A propriedade era sinônimo de realização e liberdade.⁵⁶

A propriedade era encarada apenas como direito individual e absoluto pelos detentores desse direito, mesmo tendo conhecimento da função que a mesma possuía. Em tal regime, a burguesia controlava o poder, e quem controlasse o poder, detinha, por conseqüência, a riqueza, sendo que a propriedade era a demonstração maior do poderio econômico desta classe privilegiada da sociedade. Nesse período, a sociedade liberal expressava o liberalismo através dos direitos individuais como o direito de propriedade, com a função de medir poder com o Estado.

⁵⁵ SILVA, Leandro Ribeiro da. *Propriedade rural*. p. 23-25.

⁵⁶ CHEMERIS, Ivan Ramon. *A função social da propriedade: o papel do Judiciário diante das invasões de terras*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 26.

Nesse contexto,

As revoluções burguesas propiciaram a emergência do Estado Liberal, cuja preocupação maior era dar àqueles que controlavam a economia (os burgueses) ampla liberdade de exercerem suas atividades, sem estarem ameaçados por qualquer outro poder. Os liberais pregavam o respeito aos direitos individuais, mas, quanto ao mercado, este deveria regular-se por si só.⁵⁷

A separação entre privado e público é bastante acentuada, e a propriedade é tida como inatingível. Não há qualquer intervenção estatal quanto à forma de exploração dessa propriedade, o que gera grandes desigualdades sociais pelo acesso a um direito que era restrito à minoria burguesa. Essa separação é evidenciada, na medida em que surge o Estado de Direito, que vem garantir a exploração da propriedade com autonomia ao proprietário, cuja autonomia faz parte dos direitos de primeira geração.

A partir daí, o direito de propriedade passa a ser encarado como natural, autorizando a exploração do proprietário de forma quase incontrolada. Decorrem daí direitos excessivos ao detentor dessa riqueza, que passa, nesse período, a ser encarado como direito subjetivo patrimonial. Ao longo do referido período, ocorre a positivação desse direito, concedendo mais garantias à classe proprietária que explora a terra da forma que melhor lhe aprouver.⁵⁸ A propriedade social não é pensada, mas tão-somente, a propriedade individual.

A importância do indivíduo para o conteúdo do liberalismo clássico manifesta-se com particular relevo no fato de que, originariamente, o valor da personalidade era concebido como ilimitado e anterior ao Estado. É nesse aspecto que se introduziu a doutrina liberal nas primeiras Constituições escritas [...] cujas teses adquiriam para a democracia liberal o valor de uma profissão de fé religiosa e mística. [...].⁵⁹

O liberalismo surge com a idéia de liberdade de ação do homem que busca, na sua ação, a realização pessoal. Verifica-se que a liberdade aí desencadeada e almejada é,

⁵⁷ ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. *O acesso à terra no Estado Democrático de Direito*. Frederico Westphalen: URI, 1998. p. 22.

⁵⁸ CHEMERIS, Ivan Ramon. *A função social da propriedade*. p. 27-29.

⁵⁹ AWAD, Fahd Medeiros. *Crise dos direitos fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo*. Passo Fundo: UPF, 2005. p. 46-47.

principalmente, a econômica que, na luta por esse ideal, tenta afastar o controle estatal sufocante fazendo com que o indivíduo possa tentar o seu progresso sem maior intervenção do Estado. Tal liberalismo podia ser analisado sob o enfoque econômico e o geográfico, sendo que o econômico se referia ao Estado mínimo e, em relação a seu aspecto geográfico, ele alterava-se, dependendo do tempo e do lugar, onde estava sendo analisado ou mesmo inserido. A auto-estrutura criada pelos liberais no que tange ao desenvolvimento da economia é o enfoque pretendido da época, ou seja, o mercado livre é a bandeira desse movimento. O referido movimento era considerado uma teoria anti-social, reservando ao Estado as funções de garantir os direitos individuais, bem como a liberdade econômica dos indivíduos, separando-se a política da economia, na busca do Estado de direito.⁶⁰

Essa forma estatal não contribuiu para o acesso à propriedade de modo igualitário. Isso se justifica pelo fato de o indivíduo passar a ser mais respeitado pelo Estado com o surgimento do Estado de Direito. Esse acesso, porém, era garantido somente àquele que tivesse condições econômicas para tal. O proprietário passa a ter garantida a sua exploração econômica da terra com regramentos que impedem o Estado de intervir nessa atividade, a não ser por hipóteses legais que lhe autorizem em tal intervenção, ainda que os casos sejam exceções. Essa classe dominadora do poder econômico também passa a dominar o poder político, em face da característica de controle de riquezas. *A propriedade privada dos bens, nesses novos tempos, assumiu caráter de direito sagrado.*⁶¹ No entanto, essa situação, na medida em que os problemas sociais evoluem, passa a se modificar.

A decadência desse movimento ocorre, aproximadamente, no final do século XIX e no início do século XX, com o nascimento do Estado Social de Direito.⁶² Nessa época, intensificam-se os movimentos sociais, que visam à inclusão social para garantia do mínimo de dignidade, uma vez que a liberdade econômica alcançada até então não gerou contribuições positivas igualitárias para a população como um todo.

Com efeito,

⁶⁰ AWAD, Fahd Medeiros. *Crise dos direitos fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo*. p. 39-40 e 45-49.

⁶¹ MATTOS NETO, Antônio José de. *Garantia de direito à propriedade agrária*. p. 02.

⁶² Segundo Moraes, *a adjetivação pelo social pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas. Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social*. MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos direitos transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 73.

A exacerbação da atividade econômica, sem nenhum controle por parte do Estado, gerou uma sociedade assimétrica, desigual, cujas disparidades sociais deixaram transparecer uma relação de extrema conflituosidade entre a minoria detentora do poder econômico e os restantes da população despossuída e desassistida.⁶³

Na tentativa de reparar essas conseqüências, o Estado começa a interferir com mais intensidade na economia. *Trata-se de uma transição do Estado [...] retirado de um estado de inércia em frente às relações interprivadas, para passar a intervir nas mesmas.*⁶⁴ Nesse sentido, interfere na propriedade privada, fomentando a política econômica, regulando a atividade, buscando conciliar a economia com o social, na tentativa de aprovar a idéia de necessidade de intervenção estatal nas atividades privadas em prol dos direitos sociais.

Nesse sentido, o modelo de Estado anterior passa a ser renovado, procurando identificar um papel maior do Estado, que não só respeita a autonomia privada, como faz com que o Estado passe a ter um papel mais ativo no cumprimento de suas funções. *A transição que se verifica com a industrialização, o progresso econômico e a democratização, em especial nos fins do século XIX, refletem uma alteração substancial no modelo liberal de estado limitado.*⁶⁵ Rompe-se o controle burguês do Estado; restringem-se, a partir desse momento, os poderes dessa classe que viveu o apogeu de sua dominação no liberalismo, defendendo-se a idéia de Estado de todos.⁶⁶ *A passagem do modelo de estado mínimo ao feitiço liberal clássico para o tipo de Estado de Bem-Estar Social impõe a reconsideração do fenômeno da soberania.*⁶⁷

Em relação à propriedade, tem-se, a partir daí, maior preocupação com o modo de exploração da terra. Abre-se um novo prisma sobre essa fonte de riqueza, com uma corrente de vozes para difundir a idéia de função social da terra. Uma função que nasceu com a doutrina social da Igreja Católica, em meados do século XIX, fruto de uma ruptura do Estado liberal e do surgimento de um novo modelo de Estado. Ocorre, portanto, um grande conflito gerado pela opressão da classe desprivilegiada da sociedade que começa a reivindicar sua inclusão social, alterando-se o próprio modelo de Estado. Em conseqüência desse conflito, tem-se o chamado Estado Social de Direito.

⁶³ ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. *O acesso à terra no Estado Democrático de Direito*. p. 27.

⁶⁴ ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 37.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. p. 51.

⁶⁶ AWAD, Fahd Medeiros. *Crise dos direitos fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo*. p. 50-51.

⁶⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 30.

Esse é um período da história marcado por conflitos extremados entre a classe detentora de capital e a classe trabalhadora das fábricas, que não aceitava as miseráveis condições de trabalho, tendo ainda, como companheiros de reivindicações, os camponeses pobres, revoltados pela expropriação de terra feita pelos grandes proprietários.⁶⁸

O Estado Social de Direito nasce, portanto, da reivindicação de justiça social,

vista como a necessidade de apoiar os indivíduos [...] quando sua autoconfiança e iniciativa não podiam mais dar-lhe proteção, ou quando o mercado não mostrava flexibilidade ou a sensibilidade que era suposta demonstrar na satisfação de suas necessidades básicas.⁶⁹

Mesmo a idéia de função social da propriedade sendo difundida pela Igreja, não era objeto de apreciação e de preocupação da classe que explorava a terra. A burguesia achava-se onipotente, valendo-se dessa fonte geradora de recursos sem preocupação com os efeitos gerados pelo uso inadequado e despreocupado da terra.

Diante dessa inércia por parte da classe dominante da sociedade, surge, então, o novo Estado. Fruto da reivindicação e da indignação da classe menos privilegiada da sociedade pela falta de oportunidade de inclusão social. Ocorre, nesse período, *o fenômeno da repersonalização*⁷⁰, ou seja, o Estado passa a intensificar a defesa da pessoa humana em detrimento do patrimônio. Desponta, ainda, nesse período, a concepção de função social da propriedade conjuntamente com a era da constitucionalização política, que inclui, no interior das constituições, os direitos sociais, culturais e econômicos dos cidadãos. Ocorre, portanto, uma reformulação da Constituição que passa a incluir, no rol dos direitos dos cidadãos, a igualdade, direito pertencente à segunda geração dos direitos humanos.

Dessa maneira,

transforma-se, assim, a concepção de cidadania, passando esta do plano civil e político para a esfera social, e a ordem jurídica transforma-se em instrumento de atingimento de metas sociais concretas, dentro de uma lógica distributiva de satisfação de direitos humanos sociais, igualitários, destinados a organizar a sociedade de forma mais justa. O Estado de Direito deixou, assim, de ser formal, neutro e individualista, para

⁶⁸ ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso. *O acesso à terra no Estado Democrático de Direito*. p. 26-27.

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. p. 60.

⁷⁰ ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio*. p. 41.

transformar-se em Estado material de Direito, com a pretensão de realização da justiça social.⁷¹

Enquanto a concepção de Estado garantidor apenas da paz social preponderava no Estado Liberal de Direito, ela passa, no Estado Social de Direito, a ter, nesse momento, obrigações quanto à igualdade social, conferindo essa igualdade através de maior intervenção na economia, com o objetivo primordial de inclusão social. Assim,

[...] o caráter solidário do poder estatal, para muitos, substitui a sua característica soberana para incorporá-lo na batalha cotidiana de superação de desigualdades e de promoção do bem-estar social, percebido como um benefício compartilhado pela humanidade toda.⁷²

Trata-se de um Estado cuja meta não se concentra apenas na garantia do Estado mínimo, mas estende-se à inclusão social⁷³, que é objetivo dos cidadãos. Os direitos advindos das relações laborais passam a ser, cada vez mais, perseguidos e reivindicados e, por conseqüência, conquistados nesse período.

Logo,

[...] o Estado social teve como novidade, em relação ao Estado liberal, a redefinição das relações clássicas entre sociedade civil e política, a politização das relações civis por meio da intervenção do Estado na economia e das corporações na política econômica e a legalização da classe operária e de suas organizações. [...] ⁷⁴

Os representantes da classe trabalhadora buscam incessantemente a garantia dos direitos mínimos aos trabalhadores, reivindicando a revisão dos fundamentos da sociedade capitalista que pregava a igualdade jurídica entre os trabalhadores e os empregadores. Os trabalhadores,

⁷¹ COPETTI, André. *Direito Penal e o Estado Democrático de Direito*. p. 55.

⁷² MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. p. 30-31.

⁷³ A exclusão de pessoas deve ser combatida no que diz respeito à propriedade rural. Essas razões são históricas. Nesse sentido, veja-se a afirmação de ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. O movimento dos sem terra e a juridicização do político. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul: Edunisc, n. 17, jan/jun. 2002, p. 08: *Este é um problema histórico, pois a concentração de terras em mãos de poucos favoreceu a formação de um grande contingente de mão-de-obra rural desocupada e à margem da sociedade. A estrutura agrária brasileira caracterizou-se por ter uma distribuição desigual, a começar pelas capitâneas hereditárias, depois pelas sesmarias, onde a cessão da Coroa foi a de grande extensões de terras para aqueles que aqui quisessem vir cultivar a terra.*

⁷⁴ AWAD, Fahd Medeiros. *Crise dos direitos fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo*. p. 50.

impulsionados pelas teorias marxistas, anarquistas, ou, ainda, cristãs, almejavam ou uma outra sociedade que decretasse o fim do capital e da divisão da sociedade em classes (Marx), ou o fim do estado (anarquistas), ou ainda uma relação capital-trabalho mais humanizada, que desse garantias efetivas de uma vida mais digna ao trabalhador, através da assistência à saúde, previdência, educação, remuneração justa e horário de trabalho regulamentado [...].⁷⁵

Aquele modelo de Estado legalista anterior ao Estado Social de Direito passa a sofrer ataques da sociedade que busca a efetivação da atuação do Estado na garantia dos direitos sociais. *O Estado deixa de ser o mero espectador da atividade econômica e social e passa a agir, saindo do estágio de garantidor das relações sociais para o promotor de novas relações, no âmbito social.*⁷⁶

Nesse sentido, a busca constante de garantia efetiva dos direitos, na época, para todos os cidadãos, começa a se revelar incompleta, na medida em que as garantias legais não passam de garantias formais, uma vez que a aplicação das mesmas não se operacionalizava concretamente. Essa não-operacionalização de garantias, por sua vez, não gerava a igualdade dos cidadãos por falta de meios coercitivos ou garantidores do cumprimento e eficácia desses direitos, advindos do Estado Social.

Objetivava-se, então, o alcance de um novo modelo de Estado que contribuísse para essa realização, ou seja, que garantisse, de forma eficaz e efetiva, a respeitabilidade de todos os cidadãos, na medida em que a concretude de seus direitos constituía meta a ser buscada e alcançada. Nesse contexto, nasce o Estado Democrático de Direito. *Este teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também o Estado Social de Direito [...] impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo do utópico de transformação da realidade.*⁷⁷

Esse novo modelo estatal busca, de forma efetiva, a igualdade dos cidadãos, em que a lei passa a ser instrumento hábil, garantidor da igualdade, respeitando, na sua aplicação, os direitos conquistados pela sociedade com um todo. Nesse sentido, o objetivo primordial é alterar o *status quo*, ou seja, a inclusão social é meta a ser buscada, a igualdade de condições econômicas e sociais e, no que tange à propriedade, o acesso igualitário a todos os mercedores desse direito. No entanto, para que esse objetivo seja alcançado, não basta

⁷⁵ ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso. *O acesso à terra no Estado Democrático de Direito*. p. 27.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 29.

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. p. 93-94.

a inserção de garantias constitucionais na Carta Magna, necessário se faz, a união social através da preocupação com o outro, pois

[...] a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que ele seja, não é suficiente para que o ideário que inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Também é importante a percepção de que a realização efetiva da organização política idealizada na Constituição depende de um engajamento maciço dos que dela fazem parte nesse processo, e um Estado Democrático de Direito seria, em primeiro lugar, aquele em que se abre canais para essa participação.⁷⁸

Altera-se, nesse contexto, a conjuntura social e busca-se a efetivação dos direitos sociais e políticos entendidos como os de segunda geração. Aqui, o objetivo primordial é a justiça social efetiva, e não a utópica, pregada administrativamente no Estado.

Pode-se inferir que,

Assim, a democracia social não pode ser entendida apenas como compromisso administrativo do Estado que, em função da conveniência de uma determinada conjuntura, pode ser atendida ou não. Mas, antes, deve ser vista como um princípio estrutural do Estado, onde este, obrigatoriamente, deve tomar decisões que encaminhe na busca da justiça social, isto é, a participação efetiva de todos os cidadãos nos diversos níveis de desenvolvimento econômico, social e cultural.⁷⁹

Altera-se, portanto, a visão de Estado. É o início da busca efetiva do cumprimento das obrigações estatais, respeitando-se os direitos humanos e a dignidade do cidadão. A sociedade se une para promover a inclusão social através de representantes políticos que sustentam suas ideologias na política. Propõe-se que as condições mínimas de existência digna sejam efetivadas para a busca da igualdade social.

[...] o compromisso básico do Estado Democrático de Direito situa-se na harmonização de interesses que se manifestam em três esferas fundamentais: a esfera pública, ocupada pelo Estado, a esfera privada, preenchida pelos indivíduos, e a esfera coletiva, onde aparecem os interesses dos indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais e outros.⁸⁰

⁷⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna*: introdução a uma Teoria Social Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 30.

⁷⁹ ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso. *O acesso à terra no Estado Democrático de Direito*. p. 35.

⁸⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna*. p. 34.

A divisão dos poderes é de extrema importância para esse novo modelo de Estado, no qual a supervisão das atividades estatais e o controle das mesmas se efetiva, contribuindo para a busca da efetivação da justiça social. O conteúdo do Estado passa a sofrer cada vez mais mutações em busca da isonomia social, em virtude da complexidade social. Diante dessa complexidade e, face às mutações sociais advindas da mesma, passa-se a um novo modelo de Estado chamado por uns de pós-moderno.

1.4 A propriedade na Pós-modernidade

Diante das transformações sociais progressivas, aumenta cada vez mais a complexidade social pela transformação constante da própria sociedade, alterando-se a conjuntura econômica de uma forma globalizada. Mas o que seria este fenômeno da globalização?

[...] A globalização pode ser assim definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa.[...] ⁸¹

A globalização passa a interferir diretamente na política, na aplicação da justiça e, por consequência, na esfera legislativa, uma vez que a normatização passa a ser direcionada para a resolução dos conflitos gerados por esse fenômeno.

Em tempos de globalização, como pensar e conceituar a idéia de ordenamento jurídico? Em função dos múltiplos e novos direitos, como pensar a coerência do ordenamento? Como pensar as antinomias de regras e os conflitos de princípios? Além disso, conceitos como soberania e jurisdição mais obstaculizam do que instrumentalizam o direito a fim de que proteja, por exemplo, o meio ambiente. Enfim, conceitos como sujeito de direito, personalidade, público e privado precisam ser novamente discutidos. ⁸²

Em função da globalização, a disputa econômica torna-se mais internacionalizada. Essa disputa repercute diretamente na produção de alimentos advindos da exploração da terra. Diante disso, busca-se um novo modelo de Estado apto a gerar, de uma forma menos

⁸¹ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de: Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 69.

⁸² OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.124-125.

prejudicial e, mais eficaz, as decisões estatais direcionadas para as resoluções dos conflitos gerados em função dessa contingência social.

Ressalte-se que

Esta crise de decadência da modernidade tem o seu centro de gravidade numa nova forma concreta de economia capitalista. Sua característica mais central é a passagem da exploração integrativa à excludente incapacidade de exploração da mão-de-obra. Deste centro econômico de crise da modernidade, resultam as seguintes tendências: em primeiro lugar, trata-se de uma desvinculação da economia capitalista do mercado e da sociedade civil, democrática, de tal forma que a economia capitalista de mercado destrói gradativamente a civilidade e a democracia. [...] Nesta impossibilidade esta conectada a segunda tendência. Nas próprias metrópoles capitalistas desaparece o poder de regulação econômica e sócio-política da crise econômica e da desigualdade social. Em vez disso, crescem a crise econômica, a miséria social, [...]. A terceira tendência é a transformação da clássica dependência do chamado Terceiro Mundo, em direção de uma mistura de autonomia negativa com uma persistente e agravada dependência.⁸³

Em uma nova sociedade em crise, frente aos problemas atuais e à constância do risco, verifica-se que a miséria aumenta progressivamente diante da impossibilidade de inclusão social. O princípio inserido na Constituição Federal de 1988 da igualdade e da dignidade humana é afastado da realidade atual, já que o capitalismo exacerbado gera automaticamente o esquecimento da mão-de-obra humana. Isso significa que o desemprego aumenta, de forma assustadora, frente ao controle de mercado externo que acaba dominando o mercado interno e provocando a descapitalização da empresa nacional. Com referência à produção de bens de consumo advindos da terra, percebe-se que o aumento da tecnologia, pela necessidade de especialização da produção, ou mesmo pela redução de custos, vem em prejuízo do cidadão que depende do trabalho proveniente do imóvel rural para sobreviver, considerando-se que seu trabalho é substituído pela máquina. A relação cidadania/sujeito de direito, neste novo momento, sofre profundas transformações e

[...] atualmente a discussão do problema da cidadania deve compreender a análise de pelo menos três planos distintos, porém interligados: a) o da evolução sucessiva dos direitos; b) o da necessidade de uma politização do direito e uma jurisdicização da política, ou da busca da efetividade sem eliminação de certos princípios e, c) a questão dos avanços

⁸³ THIELEN, Helmut. *Além da modernidade? Para a globalização de uma esperança conscientizada*. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 19-20.

tecnológicos na área da bioética e da bioengenharia e os problemas éticos daí decorrentes para a construção de uma ordem jurídica.⁸⁴

É esse novo modelo de Estado contemporâneo que traz a Pós-modernidade. No entanto, o que é Pós-modernidade? Para Bauman: *a pós-modernidade é a modernidade chegando a um acordo com a sua própria impossibilidade, uma modernidade que se auto-monitora, que conscientemente descarta o que outrora fazia inconscientemente.*⁸⁵ Para alguns, a Pós-modernidade nada mais é do que um termo usado para destacar o novo modelo de Estado que sucede o moderno. Esse novo modelo visa a combater o risco da sociedade globalizada de uma forma mais eficaz. E como a produção de leis direcionadas à resolução dos conflitos sociais depende de tempo, não acompanha, portanto, as evoluções das necessidades sociais. Devem, pois, ser estudadas as possibilidades de decisões que refletirão no futuro da sociedade, aceitando-se os riscos advindos dessas possibilidades, o efeito gerado para a evolução social, ou seja, o alcance eficaz da concretude da expectativa normativa nessa nova fase epocal.

Visto assim, *o risco não é apenas uma questão de ação individual. Existem ambientes de risco que afetam coletivamente grandes massas de indivíduos.*⁸⁶ O risco é resultado da sociedade complexa globalizada advinda, principalmente, das peculiaridades do momento atual. *A possibilidade de guerra nuclear, calamidade ecológica, explosão populacional incontrolável, colapso do câmbio econômico global, e outras catástrofes globais potenciais, fornecem um horizonte inquietante de perigo para todos.*⁸⁷

Para entender esse novo modelo social, mister analisarem-se as formas de sociedade e as peculiaridades que levaram a ultrapassar cada modelo social.

A diferença entre as modalidades consiste no grau de complexidade, de cada uma que aumenta de acordo com a diferenciação funcional, necessariamente, existente no sistema social. [...] Resulta disso a necessidade de se verificar as comunicações anteriores que possibilitaram a comunicação atual, resultante na complexidade da sociedade contemporânea.⁸⁸

⁸⁴ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e novos direitos*. p. 85.

⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução de: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 288.

⁸⁶ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. p. 43.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 127.

⁸⁸ SCHWARTZ, Germano A. Doederle in. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 31.

Referindo-se à propriedade, deve-se analisar, aqui, o aumento de complexidade gerado pela evolução social, bem como intentar soluções para a sociedade complexa atual.

Verifica-se, desse modo, que as decisões nesse novo contexto social não mais são analisadas pelo mesmo contexto espacial, uma vez que as decisões no âmbito internacional são refletidas no cenário global, e o alcance da concretude das expectativas normativas deve ser visualizado com a possibilidade do risco constante. Esse risco é a incerteza do amanhã. *O discurso do risco começa onde a crença na segurança termina.*⁸⁹ A simples abstinência de decisão já é decisão por omissão, e seus efeitos serão difundidos, e o risco será inevitável.

Diante dessas alterações sociais, eleva-se, consideravelmente, a complexidade social.

[...] Complexidade deve ser entendida [...] como a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido, no caso do direito isso significa considerar não apenas o legalmente permitido, mas também as ações legalmente proibidas, sempre que relacionadas ao direito de forma sensível, como, por exemplo, ao se ocultarem. [...]⁹⁰

É essa complexidade social atual que determina a modalidade de se tomarem as decisões de modo mais célere, uma vez que as mudanças sociais ocorrem num ritmo muito acelerado. O risco se apresenta com a decisão, pois seus efeitos não são previsíveis.

O processo de decisão é um processo complexo. Se uma decisão é feita com base em alternativas várias (complexidade), tem-se que haverá contingência e o risco de a decisão tomada não ser a correta. Esta contingência é aliviada pela necessária seletividade (decisão), o que não significa certeza. [...]⁹¹

Para tanto, quem decide os conflitos gerados pela complexidade na Pós-modernidade, deve estar apto a fazê-lo, ou seja, deve analisar a situação atual e decidir sobre ela, aceitando seus riscos.

⁸⁹ COSTA, Renata Almeida da. *A sociedade complexa e o crime organizado: a contemporaneidade e o risco nas organizações criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 29.

⁹⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. p. 12-13.

⁹¹ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. p. 149.

Nesse contexto,

Cada vez mais numerosos são, de fato, os casos em que a justiça já não é capaz de responder eficazmente as necessidades, as expectativas dos réus. Cada vez mais freqüentes são as hipóteses, em que os modos formais de resolução dos conflitos segundo o procedimento comum não funcionam satisfatoriamente ou se mostram mal adaptados.⁹²

Com isso, vê-se que a organização social deve ser direcionada para a sociedade como um todo, e não de maneira individualizada. *O cenário pós-moderno é essencialmente cibernético-informático e informacional.*⁹³ A comunicação e a informação estão cada vez mais presentes e, essas, *adquiriram uma velocidade tão imediata a ponto de romperem certas barreiras de tempo e espaço.*⁹⁴ Portanto, as ações relativas à exploração da propriedade devem ser cada vez mais especializadas, pois, como mencionado, o efeito dessas ações repercutirá no cenário global e isso, muitas vezes, promoverá o aumento da complexidade social. Em outras palavras,

[...] o desenvolvimento recente das tecnologias da informação, a mundialização da economia, a aceleração das mutações culturais concorrem para ampliar esse fenômeno de complexidade. O legislador, o magistrado, os profissionais do direito, muitas vezes, já não sabem, hoje, como responder as demandas de regulação diante das situações cada vez mais ininteligíveis, segundo os parâmetros tradicionais. [...].⁹⁵

Diante das novas demandas, a normatização deve ser mais plural e complexa. Devem-se criar modos alternativos de resolução dos conflitos oriundos da complexidade, afastando-se de normas estagnadas. Para tanto, torna-se fundamental destacar que *o antigo modelo de produção da norma jurídica, baseado no monolitismo da lei e em comportamentos jurídicos, deu lugar a um novo modelo, fundamentado no pluralismo jurídico e na legitimidade das reivindicações extralegais ou extrajudiciais.*⁹⁶ Um dos meios eficazes para a redução da complexidade consiste na aplicação constante dos princípios constitucionais nos conflitos judiciais, uma vez que podem ser aplicados e adaptados às expectativas normativas do momento, não gerando a problemática do

⁹² ARNAUD, André Jean; DULCE, Maria José Farinas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução de: Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 248-249.

⁹³ LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução de: Ricardo Corrêa Barbosa. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002. p. 08.

⁹⁴ COSTA, Renata Almeida da. *A sociedade complexa e o crime organizado*. p. 29.

⁹⁵ ARNAUD, André Jean; DULCE, Maria José Farinas. *Op. cit.*, p. 252.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 251-252.

desencontro com os anseios e as necessidades da sociedade pós-moderna. Desse modo, *os princípios são muito importantes porque, pela sua plasticidade, conferem maior flexibilidade à Constituição, permitindo a ela que se adapte mais facilmente às mudanças que ocorrem na sociedade.*⁹⁷

Em relação à propriedade, o princípio a ser aplicado é o princípio constitucional da função social da propriedade, que descreve como ela deve ser explorada para que esteja em consonância com os anseios sociais.

A função social da propriedade corresponde às limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista.⁹⁸

Saliente-se que esse novo modelo de Estado não teve seu marco delineado perfeitamente, porque as transformações sociais se alteram no espaço, tornando-se mais ou menos complexas dependendo da e (in)volução social.

A sociedade pós-moderna, para reduzir a complexidade social, passa, cada vez mais, a se afastar do individualismo. Nesse sentido, altera-se também o conceito de direito de propriedade, atribuindo-se a ele a obrigação social no que tange à sua forma de exploração.

As modificações que a noção individualista vai sofrendo com o tempo determinam que a propriedade não pode estar sujeita tão só pelo Direito Privado, mas ao contrário, os interesses manifestados pela comunidade a levam a ser abarcada pelo Direito público, passando então a sua regulação, antes adstrita ao campo privado, para o do Direito Constitucional.⁹⁹

Nesse contexto, não é possível mais analisar a produção de bens de consumo, aumentando-se o capital do proprietário, sem que haja preocupação do risco da exploração inadequada, em face do efeito negativo que essa forma de exploração gera para toda a sociedade.

⁹⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 87.

⁹⁸ FACCHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 19.

⁹⁹ ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. A função social da propriedade agrária. In: LEAL, Rogério Gesta; ____ (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001. p. 25-26.

Para tanto, necessário se fazem criar estruturas, com vista à redução dos riscos advindos da complexidade social. Uma das formas criadas com efeito social da exploração da terra foi a implementação da função social da propriedade. A obrigação social do proprietário em relação à exploração da propriedade relaciona-se diretamente ao alcance da dignidade do cidadão. Assim, o bem mencionado somente poderá ser utilizado com autorização social, ou seja, dependerá da forma de utilização desse bem para que o proprietário o mantenha. Não obstante não só os atuais proprietários devem ter direito a usufruir desse bem de produção como fonte da dignidade.

O direito de posse, pela sua utilização social, representa antes de tudo a igualdade, uma necessidade da natureza humana não só da liberdade, mas também do indivíduo obter a terra pelo próprio trabalho, aproveitando os recursos dela e ainda tirando-lhe os frutos para si e para a sociedade. E dessa forma, reduz a desigualdade social e incrementa a justiça distributiva.¹⁰⁰

O acesso ao direito de propriedade deve ser encarado como forma de redução da desigualdade social e econômica dos integrantes da sociedade, e a sociedade, por sua vez, deve contribuir para o alcance dessa igualdade social. Uma das formas de contribuição é a solidariedade. Segundo Bauman, *não há solidariedade sem a tolerância da alteridade do outro. Mas a tolerância não é condição suficiente para a solidariedade. Nem é a solidariedade uma consequência predeterminada da tolerância.*¹⁰¹ Para tanto, as decisões que possibilitam esse acesso devem ser adaptadas ao momento atual de complexidade. Deve o decisor estar apto a entender a nova forma de sociedade, a fim de que as decisões a serem tomadas estejam em consonância com as expectativas normativas buscadas pelos integrantes da sociedade.

No âmbito político, para contribuição da redução da desigualdade, tem-se a reforma agrária. Sua forma de implementação deve ser urgente, face ao risco constante de miséria social. A igualdade social deve começar pelo acesso à propriedade, priorizando a divisão da terra para exterminar o acúmulo desse bem de produção nas mãos de poucos, indo ao encontro da meta da inclusão social. Na visão de Bauman, *sejam quais forem os valores ou*

¹⁰⁰ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 15.

¹⁰¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. p. 277.

*meios da pós-modernidade que consideremos, todos apontam [...] para a política, a democracia e a plena cidadania como únicos veículos de sua realização.*¹⁰²

A Pós-modernidade, portanto, não gera o fim da política e da história. Ela traz a necessidade de fomentar-se a política de um modo que apresente soluções para as questões sociais atuais. Trata-se de uma forma efetiva e não baseada em discursos ineficazes e não-concretos. *Cabe ao Estado, oficialmente, melhorar o funcionamento do mercado, promover a equidade e proteger os trabalhadores vulneráveis.*¹⁰³ Não é possível afastar a política do Direito, uma vez que aquela faz parte da construção deste. Não adianta a produção da norma se não houver vontade política de sua aplicação responsável. Ou seja,

[...] a lei é um instrumento válido, porém insuficiente para a determinação dos direitos e a cidadania. É preciso vontade política para fazê-la valer. [...] Como diz Bobbio, a política e o direito são as duas faces de uma mesma moeda, que é o poder, e precisam andar juntas para que o poder não se corrompa. Por isso a politização do direito; mas a jurisdicização da política também [...].¹⁰⁴

O novo momento temporal deve priorizar o social em desfavor das liberdades pessoais, com o objetivo de priorizar a igualdade social, em detrimento da economia capitalista. Essa forma de economia prioriza o lucro e a redução de custos, em prejuízo da cidadania, que é somente alcançada pela respeitabilidade da dignidade do cidadão, sendo ela *qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado [...] implicando[...] garantir as condições existenciais mínimas.*¹⁰⁵

Importante destacar que

[...] a globalização tem levado a política a ser substituída pelo mercado como instância máxima de regulação social, esvaziando os Estados nacionais e assim enfraquecendo as condições de efetividade do direito tradicional e, portanto, dos direitos fundamentais constitucionais.[...].¹⁰⁶

¹⁰² BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. p. 294.

¹⁰³ ARNAUD, André-Jean; CAPELLER, Wanda. A força do Estado em face da globalização. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. (Orgs.). *Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina de Sociologia Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Thomson Pioneira, 2002. p. 232.

¹⁰⁴ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e novos direitos*. p. 78-79.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 60.

¹⁰⁶ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e novos direitos*. p. 146.

Não se pode permitir um retrocesso no que tange aos direitos sociais alcançados nas lutas históricas pela população. A economia jamais deve prevalecer diante do social. A produção do Direito não pode passar da política para a economia, uma vez que automaticamente o custo será priorizado em desfavor da dignidade do cidadão. Com referência à propriedade, a inclusão social somente será alcançada com o acesso mais igualitário a esse direito fomentador de progresso econômico e social.

Para tanto, o primeiro passo é a aplicação do princípio da função social da propriedade, que regula a exploração da terra para que a mesma seja utilizada em benefício da sociedade e não tão-somente do proprietário.

Diante dessa meta, passa-se, então, a estudar a normatização do direito de propriedade. Objetiva-se, com isso, a conclusão da pretensão acima referida, ou seja, o acesso legalizado à propriedade, ou, na linguagem sistêmica, a concretização da expectativa normativa.

2 NORMATIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Em tópicos anteriores, apresenta-se o direito de propriedade como fruto de várias transformações desde o seu aparecimento. Tais transformações advêm da evolução social e, por conseqüência, do aumento da complexidade social. Diante dessas alterações, esse direito passou a ser motivo de várias expectativas normativas, sendo uma delas e entendemos que seja a principal, dentre todas, a sua regulamentação constitucional. Nesse sentido, o presente tópico abordará a evolução constitucional brasileira no que tange ao direito de propriedade, para, posteriormente, enfatizar-se a análise infraconstitucional do direito em questão.

2.1 Evolução Constitucional

Após o nascimento do Brasil Império, em 1822, surge a constitucionalização do direito de propriedade, com a Constituição Imperial de 1824. Nessa legislação, o direito de propriedade era exercido sem restrições, por estar inserido em um contexto de baixa complexidade social. Não existia, assim, a função social da propriedade; o texto previa apenas a possibilidade de desapropriação por utilidade pública. Dispunha o artigo:

Art.179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império.

Nessa época, o liberalismo predominava, ou seja, em relação à propriedade, objetivava-se a independência de proprietário com garantias de respeitabilidade desse direito para que os sujeitos do mesmo pudessem exercê-los com garantias mínimas para o desenvolvimento da atividade de exploração do imóvel.

Por seu conteúdo, a Constituição do Império era de cunho liberal.

[...] Esta Constituição foi elaborada por um Conselho de Estado composto de seis ministros e quatro membros selecionados pelo Imperador, que tinha um prazo de quarenta dias para elaborá-la. Foi uma Constituição imposta que recebeu fortes influências da Revolução Francesa. Celebrava o caráter do liberalismo individualista, mas não contemplava os princípios da igualdade e liberdade, distanciando-se de qualquer defesa dos interesses coletivos.¹⁰⁷

Verifica-se que, naquela época, possuíam direitos somente as pessoas com poder econômico, ou seja, aquelas que eram proprietários de terras. *Neste período era cidadão quem tinha propriedade, neste caso específico a propriedade da terra. [...] A lei constitucional protegia o cidadão proprietário, que restava poderoso e dominador.*¹⁰⁸ O contexto era de complexidade reduzida, pois a lei não se alterava constantemente, e em virtude de não ocorrer essa alteração, as expectativas normativas também não se alteravam de forma acelerada.

O desenvolvimento da atividade na terra era ainda efetuado pela mão-de-obra escrava, que, com o passar dos tempos, começa a ser combatida. Os proprietários de terras da época afirmavam que o fim da escravidão violava a Constituição Imperial. Na verdade, o que esses tentavam manter, era a mão-de-obra barata para maior lucratividade advinda da exploração da terra, uma vez que não havia maiores gastos com o escravismo, já que se despendiam somente recursos no momento de sua compra. Nessa época,

a maior parte da população brasileira vivia em zonas rurais, num regime semi-feudal, porque a distribuição gratuita das terras públicas no regime colonial luso das sesmarias, enormes latifúndios pertenciam a poucos e nelas se instalavam como simples “posseiros” agregados, vaqueiros, “contratistas”, os sem-terra indicados ao trabalho agrário e dependentes do proprietário. Muitos ocupantes de terras devolutas, antes de adquirir o domínio ou propriedade delas, exerciam posse sobre vastas áreas, como se fossem donos [...].¹⁰⁹

¹⁰⁷ VIAL, Sandra Regina Martini; FORTES, Cristina Lazzarotto. *O direito à terra como terra do direito*. Porto Alegre: Evangraf Ltda, 2005. p. 35.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 36.

¹⁰⁹ BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. p. 52.

Após a Constituição de 1824, surge a Constituição Republicana em 1891 que, em face da continuidade da baixa complexidade social, regula também o direito de propriedade sem mencionar restrições ao exercício do direito, no seu art. 72, § 17. Dispunha o artigo:

Art.72, § 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

A novidade trazida pela nova Constituição refere-se às terras devolutas, uma vez que passaram a pertencer à propriedade do Estado. A Constituição Republicana possuía 91 artigos, agregados a eles 08 Atos de Disposições Transitórias. Essa Carta Republicana não tratou de restrições relativas ao direito de propriedade que, somente foi institucionalizada com o advento da Constituição de 1934, tendo sido regulado o seu modo de atuação. Com isso, o pensamento de caráter absoluto da propriedade começou a ruir. Nesse sentido, a complexidade social altera-se progressivamente no contexto. Em consequência, o direito de propriedade sofre, nessa legislação, a primeira restrição, ou seja, não poderia ser exercido contra o interesse social e coletivo. Nela, o direito de propriedade vem disposto no art. 114, § 1.º. Assim:

Art. 114 -É garantido o direito de propriedade, com o conteúdo e os limites que a lei determinar.
§ 1.º- A propriedade tem, antes de tudo, uma função social e não poderá ser exercida contra o interesse coletivo.

Após a Constituição de 1934, socializa-se o direito de propriedade, que passa a ser exercido de forma controlada pelo Estado. Em 1937, surge a Constituição de 1937, que retrocede no tempo, uma vez que, no seu art. 122, n.º 14 regulava esse direito sem mencionar qualquer restrição ao seu exercício, passando sua limitação às leis infraconstitucionais.

Disponha o artigo:

Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

n.º 14. O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.

Verifica-se, nesse momento, que a regulamentação do direito de propriedade é delegada para a lei infraconstitucional que assumiu tal competência, regulando o seu exercício. A referida delegação de competência evidenciou um retrocesso, uma vez que a limitação constitucional de seu exercício já existia na Constituição de 1934.

A Carta Magna de 1937 envolveu no tratamento constitucional dispensado ao direito de propriedade, no que pertine à sua função social, porquanto o art. 122, cláusula 14, inserido no Capítulo “Dos Direitos e Garantias Individuais”, garantiu o “direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”. Enunciando apenas que “O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício”.¹¹⁰

Decorridos nove anos da Constituição de 1937, surge a de 1946, que retoma o caráter social da propriedade, limitando o seu exercício. Percebe o legislador constitucional que a complexidade social do momento exigia a retomada da limitação constitucional desse direito, sendo que *a Constituição de 1946, com seu espírito democrático, deu um salto desapontando o direito para novos rumos que iria percorrer. O titular deveria exercer o direito de propriedade em função do bem estar comum.*¹¹¹ Nessa Carta Constitucional, o direito de propriedade estava disposto no art. 141, § 16 e no art. 147.

Estabeleciam os artigos:

Art.141, § 16- É garantido o direito de propriedade , salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em casos de perigo eminente , como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

¹¹⁰ MATTOS NETO, Antônio José de. Garantia de direito à propriedade agrária. p. 04.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 05.

Art. 147- O uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos.

Nota-se que a justiça social é buscada pela distribuição da terra, com vista a gerar, assim, com essa nova estrutura, a redução da complexidade social, para proporcionar à sociedade uma expectativa normativa positiva.

O condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social era, inegavelmente, o reconhecimento explícito do princípio da função social da propriedade. Inobstante o caráter pragmático do dispositivo, estava o legislador autorizado a intervir no domínio privado em benefício de toda a sociedade e a condicionar o exercício do direito de propriedade a um fim social.¹¹²

Nesse sentido, a alteração de caráter do direito de propriedade, ou seja, a sua destinação social passa a ser regulada infraconstitucionalmente, nascendo, em 1964, o Estatuto da Terra. Por esse Estatuto, são definidos os parâmetros para cumprimento da função social da terra.¹¹³

Verifica-se, nesse período epocal, a propriedade inserida num contexto de enorme complexidade social. Tal situação adveio de lutas da população, que buscava a garantia de direitos sociais mínimos para oferecer à classe trabalhadora uma vida mais digna.

Três anos após a definição dos parâmetros da função social, surge a Constituição de 1967, que dispunha sobre o direito especificado no art. 153, § 22. Dizia o artigo:

Art.153- A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 22- É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento e título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

¹¹² MATTOS NETO, Antônio José de. Garantia de direito à propriedade agrária. p. 39.

¹¹³ Os requisitos definidos para o cumprimento da função social foram definidos no Estatuto da terra em seu artigo 1º, § 1º que estabelece que a propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem e cultivam.

Nessa Carta, fora inserida a suspensão do exercício do direito de propriedade pela necessidade de defesa do território nacional no contexto constitucional, autorizando o uso da área imóvel de particular para essa finalidade. Tal Carta, *com sua EC n.º1/69[...] assegurou o direito de propriedade [...]. No título que versa sobre a ordem econômica e social, o constituinte ditou [...] o princípio da função social como uma de suas bases.*¹¹⁴ Aqui, também fora regulado o direito de propriedade no art. 160 caput e inciso III. Dispunha o artigo:

Art. 160- A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:
Inciso III - função social da propriedade;

Após a emenda constitucional de 1969, surge, então, a atual Constituição, regulando o direito de propriedade e descrevendo a forma de cumprimento da sua função social. A Constituição Democrática de Direito de 1988 regula o direito de propriedade, no seu art. 5.º caput, nos incisos XXII a XVI enquadrado no título dos direitos e garantias fundamentais e, no art.170, incisos II e III no título da ordem econômica e financeira. Até o presente momento, os requisitos do cumprimento da função social da propriedade eram regulados e fixados pelo Estatuto da Terra. No entanto, em face da complexidade social desse período, os requisitos para a validação do direito mencionado são inseridos no contexto constitucional.

Dispõem os artigos:

Art. 5.º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
Inciso XXII- é garantido o direito de propriedade;
Inciso XXIII- a propriedade atenderá a sua função social;
Inciso XXIV- a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;
Inciso XXV- no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

¹¹⁴ MATTOS NETO, Antônio José de. Garantia de direito à propriedade agrária. p. 05.

Inciso XXVI- a pequena propriedade rural , assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

Art. 170- A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Inciso II- propriedade privada;

Inciso III- função social da propriedade;

Verifica-se que a atual Constituição busca garantir como finalidade principal a dignidade do cidadão, pois *trouxe esperanças e promessas de liberdade e direitos sociais coletivos bem definidos, criou perspectivas da construção de uma sociedade que, ao menos, ansiava por metas solidárias e com maior igualdade.*¹¹⁵ No que pertine a terra, salienta-se que a mesma somente será garantida mediante o cumprimento de sua função social. *Reconhecendo a função social, sem renegar a propriedade, a Constituição Brasileira de 1988 não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o uso da coisa seja condicionado ao bem-estar social.*¹¹⁶

Essa função social gera um dever ao proprietário do imóvel, cujo objetivo é observar os requisitos impostos pela sociedade para a continuidade da exploração do imóvel, *dever este vinculado a um elemento econômico, a um elemento social e a um outro ambiental,*¹¹⁷ sendo que a não-observância do ditame constitucional pode levar à desapropriação do imóvel por interesse social. No entanto, esse mandamento constitucional deve ser aplicado de forma efetiva. A miséria e a desigualdade são conseqüências também da exploração irresponsável do imóvel rural, uma vez que a observância dos requisitos para cumprimento da função social contribuem para a redução da desigualdade ocasionada, principalmente, pela falta de oportunidade do progresso social. Essa oportunidade se dá, muitas vezes, pelo trabalho desenvolvido na terra tanto como proprietário, como empregado rural, como arrendatário, ou mesmo como parceiro na atividade a ser desenvolvida na terra. Entretanto, essa redução da desigualdade social não depende unicamente do proprietário; depende, de modo recíproco do governo, que deve,

¹¹⁵ MANIGLIA, Elisabete. Atendimento da função social pelo imóvel rural. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Orgs.). *O Direito Agrário na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 26.

¹¹⁶ CHEMERIS, Ivan. *A função social da propriedade*. p. 59-60.

¹¹⁷ MANIGLIA, Elisabete. Atendimento da função social pelo imóvel rural. p. 34-35.

efetivamente, contribuir com políticas agrícolas adequadas e mantenedoras dessa atividade primordial para a manutenção da sociedade como um todo.

2.2 Evolução infraconstitucional

Analisada a evolução constitucional do direito de propriedade pertinente se torna o estudo da evolução das normas infraconstitucionais, tendo em vista a necessidade de se verificar se essas normas acompanharam ou não a evolução constitucional pesquisada e mencionada. Para tanto, será feita, primeiramente, uma análise sintética nas Ordenações Filipinas, e na Lei de Terras, normas que antecederam a primeira codificação brasileira. A seguir, o estudo procede avaliando as alterações efetuadas nessa codificação no que se refere à propriedade e, por último, será analisado o Estatuto da Terra.

2.2.1 Ordenações Filipinas

Como já demonstrado ao longo do trabalho, boa parte das normas contidas na codificação civil brasileira adveio do Direito Romano e Canônico. Antes de o Brasil elaborar seu primeiro Código Civil, foram reguladas as relações privadas neste território pelas Ordenações Filipinas. As leis aplicadas a Portugal eram também aplicadas ao Brasil. Após a Independência do Brasil e, em sua consequência natural, o país passou a elaborar sua primeira Codificação. No entanto, até que a referida Codificação fosse elaborada e publicada, para que o país não ficasse sem uma norma regulamentadora das atividades privadas, estabeleceu-se que as Ordenações Filipinas continuariam a ser aplicadas neste país até a publicação da codificação própria. Assim,

Após a separação formal de Portugal e Espanha, foram promulgadas, no novo reino, as Ordenações Afonsinas (Rei Afonso VI), em 1446, às quais sucederam, em 1521, as Ordenações Manoelinas (Dom Manuel, o Venturoso). Em 1603 foram editadas as Ordenações Filipinas, cuja linha de orientação era baseada, como nas anteriores nos sistemas romano e canônico. Com a Independência do Brasil, em 1822, não havia como se editar, da noite para o dia, toda uma nova legislação. Assim, a Lei de 20 de outubro de 1823 determinou que continuasse a vigorar no Império a legislação do Reino (no caso, à época, as Ordenações Filipinas), até que tivéssemos legislação própria.¹¹⁸

¹¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1. p. 39.

Até que o Código fosse elaborado e vigesse no país, surge a Constituição de 1824 que estabelece que a elaboração do Código privado próprio deveria ser efetuada de forma imediata.

Proclamada a nossa independência política, a Constituição do Império, oriunda de Carta de Lei, com a data de 25 de março de 1824, prometia o fazimento de um Código Civil e de um Código Criminal. Este efetivamente veio logo[...]. O de direito civil, porém, não veio logo, pois só a 15 de fevereiro de 1855 o governo Imperial atribuíu a Augusto Teixeira de Freitas a incumbência de consolidá-lo, reduzindo as Ords. Filipinas e alinhando-os com leis posteriores, por modo que sua redação se tornasse clara e conforme a língua e as necessidades da época.¹¹⁹

No entanto, antes da instituição do Código Privado, a propriedade da terra começa a ser motivo de preocupação do Estado. Nesse período, o que prevalecia no campo eram os regimes de posses advindos da colonização portuguesa, ao qual eram concedidas extensões de terras, primeiramente, para colonização e, após, dividindo-se em capitânicas hereditárias sendo seguidas pelo regime das sesmarias. Essas terras eram distribuídas para pessoas influentes da sociedade, porém acabavam sendo exploradas de forma inadequada, pois não havia uma preocupação dos sesmeiros em produzir efetivamente nas terras, mas, sim, de buscar a sua valorização. Veja-se o comentário:

[...] Essas doações eram inicialmente justas, porque se tornava necessário colonizar a nova terra, justificando-se, assim, as doações desordenadas. Todavia, superada essa fase de urgente necessidade para o povoamento da Colônia, as concessões sem métodos e critérios tornaram-se na maior parte das vezes injustas, uma vez que beneficiavam pessoas que não necessitavam de terras e as solicitavam apenas para aumentar as que já possuíam, organizando assim os latifúndios que ultrapassaram os séculos seguintes, projetando efeitos maléficos sobre as condições rurais da sociedade atual.¹²⁰

Em função dos efeitos maléficos das concessões de terras para colonização, o regime das sesmarias foi apontado como a tentativa de solução. *A distribuição de terras no regime sesmarial visava a substituir as anteriores concessões de alguns senhorios que não*

¹¹⁹ ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Ordenações Filipinas*. São Paulo: Saraiva, 1957. v. 1. p. 19.

¹²⁰ SANTOS, Fábio Alves dos. *Direito Agrário: política fundiária no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 66.

*davam mais proveito à terra.*¹²¹ Havia uma grande preocupação com a finalidade da terra, ou seja, ela deveria ser lavrada, não podendo estar na ociosidade.

Esse regime, em face da não-concretização do objetivo de sua instituição, foi extinto por Resolução em 1822, e a partir daí, iniciou-se o regime de posse sobre a terra, que era caracterizado pela ocupação daquele que destinava a terra para a produção.¹²²

Diante da ocupação cada vez maior dos posseiros sobre as terras, propagando-se essa idéia de ocupação para ter a propriedade reconhecida, possibilitou-se, cada vez mais, a criação de grandes latifúndios. Nesse contexto social, nasceu, em 1850, a Lei de Terras, que objetivava a regularização da situação agrária. Essa Lei tinha, portanto, duas finalidades: a produtividade da terra advinda da sesmaria e a regularização das terras devolutas do Império.

No seu art. 1.º, a lei estabelecia que ficavam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não fosse o de compra. Determinou, no seu contexto, as terras que seriam compreendidas no conceito de devolutas. Já no art. 4.º, estabeleceu a revalidação das sesmarias que estivessem cumprindo o objetivo da lei, ou seja, o cultivo da terra, desde que, com morada habitual no imóvel rural.

No entanto, essa Lei não trouxe benefícios para a sociedade, uma vez que, em face de lacunas nela encontradas, propiciou-se a regularização dos latifúndios criados no regime das sesmarias.

Após a elaboração da Lei de Terras, finalmente, procedeu-se, assim, à elaboração do primeiro Código Civil brasileiro, que veio vigorar em revogação das normativas das Ordenações Filipinas. Para entendimento desse processo de codificação, cumpre considerar o surgimento desse normativo, bem como sua evolução, comentando os dispositivos relativos ao direito de propriedade, analisando o Código Civil de 1916 e, após, o Código atual.

2.2.2 Alterações do Código privado

O primeiro Código Civil do Brasil foi o de 1916. Começou a ser elaborado em 1859, por Teixeira de Freitas, contratado pelo governo Imperial. Em 1872, foi dispensado deste serviço, sendo substituído por Nabuco de Araújo que ficou até 1878 que, por sua vez,

¹²¹ ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. *O acesso à terra no Estado Democrático de Direito*. p.70.

¹²² *Ibid.*, p.72

foi substituído por Felício dos Santos. Proclamada a República, foi passada esta função ao Senador Coelho Rodrigues que teve seu projeto negado. Ao final, em 1899, foi contratado Clóvis Beviláqua que finalizou com a elaboração definitiva.¹²³ O direito de propriedade no Código de 1916 foi regulado nos arts. 524 a 589 (aquisição e perda). O Código, no que tange ao direito de propriedade, foi elaborado num perfil positivista, pelo fato de a sociedade da época ser uma sociedade agrária e patriarcal. Buscava-se a garantia dos direitos mínimos, ou seja, os proprietários almejavam garantir o poder em relação à propriedade, de forma que a mesma fosse explorada sem intervenções estatais. Isso foi observado, na medida em que a Constituição da época não trazia quaisquer limitações do direito de propriedade, dando aos portadores desse direito amplos poderes na exploração. A realidade era que o proprietário buscava cada vez mais a finalidade econômica da terra, almejando o seu progresso econômico. Não havia, nesse período, preocupações com a igualdade ou mesmo com a sociedade como um todo pelos detentores do poder que, nessa época, tratavam-se dos proprietários de terras. *Atualmente, no entanto, diante da socialização, não se pode mais manter[...] a posição soberana da propriedade. Sobreleva o direito natural à vida e aos meios indispensáveis para que a pessoa se desenvolva dignamente.*¹²⁴ Diante dessas alterações de caráter da propriedade, proceder-se-á à análise dos artigos que sofreram alteração, comentando-a seguem, pois, as modificações e os respectivos artigos.

O primeiro artigo que sofreu alterações de conteúdo foi o art. 524 do Código revogado, substituído pelo art. 1.228 do Código em vigor. Estabelece o regulamento atual que:

Art. 1.228- O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou a detenha.

§ 1.º- O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2.º- São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

¹²³ ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mário Luiz. *Novo Código Civil confrontado*. São Paulo: Método, 2002. p. 31-32.

¹²⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 02.

§ 3.º- O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4.º- O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 05 anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5.º- No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

O Código revogado tinha a seguinte redação: *Art. 524 - A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.*

Verifica-se que a concepção de direito de propriedade se modificou no tempo, alterando-se, por conseqüência, as expectativas normativas, retirando-se aquele caráter absoluto, para se defender apenas a propriedade que é explorada de forma que atenda os anseios da sociedade. Ocorre, nesse contexto, *a publicização do direito privado [...], a limitação da autonomia da vontade, em especial da liberdade dos particulares [...] em dispor de sua propriedade, tendo em vista o interesse da coletividade.*¹²⁵ Esses anseios dizem respeito não apenas ao caráter social como ao caráter econômico da propriedade, uma vez que, em sendo ela explorada adequadamente, contribuirá tanto para a economia do país e, portanto, da sociedade, como para a resolução dos problemas sociais que a sociedade enfrenta pela falta de inclusão social e, por conseqüência, pela falta de igualdade. Essa nova perspectiva da propriedade traz consigo uma função primordial, qual seja, a dignidade dos integrantes da sociedade, fomentando-se a política social e, conseqüentemente, a socialização do direito.

Nos artigos supramencionados, verifica-se que a preocupação do legislador foi exatamente a de ir ao encontro das normas constitucionais vigentes, as quais determinam que a propriedade deve atender a sua função social. Não cabe mais aquela forma de exploração individualista, trazendo benefícios pessoais ao detentor desse direito, sem se preocupar com o contexto social. Se o proprietário vier a explorar a propriedade, por exemplo, desrespeitando as normas ambientais, sua atitude gerará, de imediato, prejuízo para os demais integrantes da sociedade, pois todos dependem de um equilíbrio ecológico

¹²⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Transformações jurídicas nas relações privadas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – 2003*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 192.

para ter qualidade de vida, e essa qualidade de vida contribui diretamente para a dignidade do cidadão.

[...] Hoje não mais se admite que o proprietário exerça seus direitos de maneira abusiva ou que venha em detrimento do bem estar comum, eis que o ordenamento jurídico, mormente a partir da edição da carta de 1988, voltou-se ainda mais para o aspecto coletivo e adequou o exercício das prerrogativas individuais aos interesses maiores do todo. [...]¹²⁶

Analisando-se o artigo mencionado e comparando-o com o Código de 1916, verifica-se que aquela visão individualista da propriedade foi retirada da codificação. Conforme se evidencia nos artigos citados, o social prevalece atualmente sobre o individual. Esse fato pode ser comprovado com a análise do parágrafo 4.º do art. 1228 do Código atual. Verifica-se que, se não houver uma exploração adequada do imóvel pelo proprietário, ou mesmo delegada a outrem, poderá essa propriedade ser objeto de transferência a terceiros, desde que preenchidos os requisitos desse dispositivo legal. Nota-se que os terceiros são beneficiados, se comprovarem que estão dando a destinação social e econômica ao imóvel não observada pelo proprietário legal do bem.

[...] Também em atenção à finalidade social e ao adequado aproveitamento da propriedade, o ordenamento jurídico idealizou um instituto semelhante à desapropriação, mas que com ela não se confunde, pois a iniciativa de privação do domínio alheio não é do Poder Público, e sim deferida ao particular, desde que preenchidos os pressupostos normativos. Se a posse de um imóvel estiver com pessoa que não o proprietário há mais de cinco anos, a iniciativa de reivindicação porventura adotada por este poderá culminar com a privação da propriedade. [...]¹²⁷

Em função dessa possibilidade de deferimento da ação, quando procedente, os possuidores terão de indenizar o proprietário pela perda da propriedade. A medida visa a não possibilitar enriquecimento ilícito dos autores da ação em detrimento do prejuízo econômico e social do proprietário do imóvel. Essa hipótese legal poderia ser fundamentada, no caso, no princípio da proporcionalidade, uma vez que o proprietário do bem seria privado de um direito. Todavia, a sociedade ganharia com a privação, gerando por esse fato a inclusão social dos autores da ação que, com a exploração do imóvel, poderão progredir social e economicamente.

¹²⁶ MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil comentado*. São Paulo: LTR, 2003. p. 765.

¹²⁷ MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil comentado*. p. 766.

Quanto às formas de aquisição da propriedade, no que tange à usucapião, alterou o legislador os requisitos para deferimento da ação. Nesse sentido, o legislador reduziu consideravelmente o tempo de posse para a procedência da ação e, com objetivo de aplicar os dispositivos constitucionais, inseriu na codificação privada as duas hipóteses de usucapião, intituladas de constitucionais.

Essa regulamentação está disposta no art. 1238 do Código atual e estava inserida no art. 550 do Código velho, ou seja, o de 1916.

Veja-se:

Art. 1.238- Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único- O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua morada habitual, ou nele realizado obras e serviços de caráter produtivo.

Art. 550- Aquele que, por 20 (vinte) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a transcrição no Registro de imóveis.

A alteração constante é no tempo de posse. Também, tentou-se privilegiar aquele que cumprisse a função social da propriedade, uma vez que, no parágrafo único do art. 1.238 do Código novo, insere-se como requisito de redução do tempo a morada habitual ou a realização de obras, de caráter produtivo.

Desse modo, verifica-se que o legislador retrocedeu no tempo, visto que, reduzindo o tempo da usucapião, por cumprimento da função social - exigência da Constituição de 1934 - possibilitou, de forma contraditória ao texto constitucional, uma interpretação de deferimento da ação de usucapião pelo *caput* do artigo sem observância desse requisito primordial. Para tanto, entende-se que, face ao contido no artigo, e, em decorrência da necessidade de observância do requisito constitucional, será sempre aplicado o tempo de prescrição menor, ou seja, 10 anos.

O próximo dispositivo regulador da usucapião é o artigo 1.239 do Código vigente que, no Código revogado, não fora abordado, uma vez que o disposto neste artigo adveio da Constituição Federal de 1988. Regula o artigo:

Art.1239- Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Tal usucapião remonta a Constituição de 1934 e, desde aquela época, foram-se alterando os requisitos para a obtenção da propriedade através deste instituto jurídico, no qual, segundo Nascimento, *um único requisito é que se manteve incólume durante este meio século. A qualidade da posse, necessariamente pro labore.*¹²⁸ Esse requisito só vem a comprovar que o legislador sempre se preocupou com a destinação dada ao imóvel rural. A exploração adequada do mesmo e o afastamento da ociosidade sempre foi uma meta governamental. A necessidade do alimento produzido na terra é indiscutível, porque todo ser humano precisa do alimento para sobrevivência. Da mesma forma, pretende que o usucapiente more no imóvel, a fim de se afastar a especulação e de garantir a moradia àquele que faça uso do imóvel como meio de sobrevivência.

Em 1934, falava-se em trechos de terras até 10 hectares para usucapião, e o tempo era de 10 anos contínuos. A Constituição de 1946, por sua vez, alterou a área máxima desse benefício, ampliando-a para 25 hectares.

Fato lamentável foi a retirada dessa modalidade de usucapião do texto Constitucional de 1967, que deixou a função social da propriedade para regulamentação infraconstitucional, a qual havia sido regulada na Lei 4.504/64, denominada Estatuto da Terra. *Em 1981, foi editada a Lei 6.969, tratando do usucapião rural especial, com alteração de requisitos. [...] o prazo se reduziu para cinco anos; [...] a área máxima de terras rurais usucapíveis passou a ser de vinte e cinco hectares ou de um módulo rural.*¹²⁹ O módulo rural foi criado para se estabelecer uma unidade de medida em hectares, necessária para a manutenção do agricultor e de sua família com a exploração do imóvel. Essa unidade de medida é calculada para cada imóvel de acordo com a sua região de localização, levando-se em consideração também o tipo de cultura a ser desenvolvida no imóvel, pois, dependendo da cultura a ser desenvolvida, a área necessária para a plantação pode aumentar ou diminuir, com vista a gerar uma safra suficiente para manutenção desse conjunto familiar na comercialização desses produtos.

¹²⁸ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Usucapião*. 6. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 129.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 131.

Por fim, a Constituição de 1988 manteve os requisitos quanto ao tempo, posse com moradia, exploração. No entanto, alterou a área usucapível, de 25 hectares para 50 hectares, com o objetivo da inclusão social pelo acesso à propriedade. Entretanto, a nova possibilidade do usucapião difere dos requisitos das demais ações de usucapião, uma vez que, somente autoriza o deferimento da ação, se o autor da mesma estiver morando no imóvel e nele produzindo, conjuntamente. Traz consigo também a função de acesso à moradia, considerando-se como requisito para deferimento da ação a inexistência de direito de propriedade do autor no momento da ação. Quanto ao limite da área em até 50 hectares, entende-se que esse requisito não foi bem inserido no contexto, visto que a área necessária para garantir o progresso social e econômico do cidadão, autor da ação, variará, dependendo da cultura a ser plantada no imóvel. Tal medida se deve ao fato de a referida medida (50 ha) ser estipulada de acordo com o módulo rural, que variará de imóvel para imóvel. Essa limitação pode ir de encontro ao progresso social e econômico do autor da ação e acabará, ao final, aumentando o rol de pessoas que vivem na indignidade.

O próximo artigo regulador desse direito é o art. 1.240 do atual Código. Aqui, inova-se ao inserir essa regulamentação que não contemplava o Código velho. Estabelece o artigo:

Art. 1.240- Aquele que possuir, como sua, área urbana até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1.º- O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou a mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2.º- O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Analisando o artigo acima com os seus parágrafos, verifica-se que a intenção do legislador foi exatamente garantir através deste dispositivo também o acesso à moradia no meio urbano, estabelecendo os requisitos para o deferimento desta ação. Nota-se que aqui não existe inconstitucionalidade nos requisitos, porque, ao analisar os mesmos, tem-se a conclusão de que, são necessários para se propagar à justiça social. Nesse contexto, a função social da propriedade urbana se verifica pela observância dos requisitos constitucionais, sendo que um desses requisitos é o pagamento em dia dos tributos advindos do imóvel.

Fazendo uma comparação com o artigo antecedente, verifica-se que, nos dois artigos, um dos requisitos do deferimento da ação é não ser, o usucapiente, proprietário de outro imóvel no momento da ação. Esse dispositivo gera a possibilidade da especulação imobiliária, tão combatida nos tempos atuais em que se busca a igualdade dos cidadãos e, por conseqüência, a sua dignidade. Se tal medida for apenas considerada, o momento de trâmite da ação para o deferimento da mesma, na qual o usucapiente já fora proprietário de imóvel, causará, uma injustiça social, uma vez que, no entendimento pessoal, essa ação tem como objetivo, justamente, o alcance à moradia, ou mesmo, a possibilidade de progresso social e econômico do autor da ação pelo acesso à propriedade. Se esse já foi proprietário de imóvel, estará, possivelmente, sendo beneficiado através desse instituto, uma vez que pode não ter dado a devida destinação social à primeira propriedade. Portanto, esse requisito deve ser repensado para que a justiça social seja realmente alcançada com a aplicação efetiva da norma.

O artigo posterior regula as usucapiões intituladas ordinárias, as quais, para deferimento, dependem também do elemento justo título e boa-fé, sendo que era regulamentado, conforme será mencionado, pelo art. 551 do Código Civil anterior. Veja-se:

Art. 1.242- Adquire-se também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único- Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Art. 551- Adquire também o domínio do imóvel aquele que, por 10 (dez) anos entre presentes, ou 15 (quinze) entre ausentes, o possuir como seu, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé.

Ao se analisarem os artigos acima elencados, verifica-se que houve uma estruturação da expectativa normativa ocasionada pela alteração do dispositivo legal pelo Código novo, na medida em que, no Código de 1916, o tempo de prescrição era maior, atrasando o acesso ao título de proprietário para o usucapiente. O Código novo vem a ser um redutor de complexidade, no qual se mantém tanto a expectativa positiva como a negativa.

Nesse código, verifica-se que o legislador reduziu os prazos da prescrição aquisitiva com o intuito de premiar aquele que dá a destinação adequada ao imóvel contribuindo para a manutenção da sociedade e gerando cada vez mais justiça social. No entanto, os termos dos artigos citados geram dúvidas de interpretação, pelo fato de que o termo justo título empregado no artigo até hoje não tem definição exata.

[...] A expressão é condenada, por ensejar confusão. O vocábulo título pode dar a impressão de que se trata de instrumento, isto é, de escrito. Mas não tem esse sentido. Título se emprega, no caso, como sinônimo de ato jurídico. Ainda assim, teria compreensão muito ampla, porque nem todo ato jurídico serve de causa à posse. O título, a que se referem os Códigos, corresponde aos atos jurídicos cuja função econômica consiste em justificar a transferência de domínio. Numa palavra, os atos translativos. Por outro lado, a qualificação do título é imprópria. O título deve ser justo no sentido de idoneidade para transferir. [...] Com a locução justo título, o que se designa, por conseguinte, é o ato jurídico cujo fim, abstratamente considerado, é habilitar alguém a adquirir a propriedade de uma coisa. Todo negócio jurídico apto a transferir o domínio considera-se justo título. [...] Desse modo, justo título vem a ser o ato translativo que não produziu efeito; o título de aquisição ineficaz.¹³⁰

Gera a possibilidade de entendimento que o título seria o documento que poderia transferir a propriedade por alienação. *Não é fácil encontrar uma definição que satisfaça plenamente. Em geral, os conceitos esquecem de esclarecer em que consiste a inabilidade do título.*¹³¹ Para ser apto a gerar essa espécie de usucapião, o título pode apresentar anulabilidade que pode vir a ser decretada futuramente. No entanto, não pode ser eivado de nulidade, uma vez que não produz efeitos, ainda que, por esses desencontros de interpretação da norma, verifica-se que, muitas vezes, prejudica-se o cidadão que busca o seu acesso à propriedade pela usucapião e acaba sendo frustrado na sua expectativa. O julgado dos tribunais tem comprovado essa confusão na definição de justo título, julgando cada ação de uma forma diferenciada, gerando incerteza na interpretação da letra da lei. Veja-se:

Ementa: usucapião ordinário. Justo título. Ausência de demonstração da plena legitimidade dos alienantes. Documento particular de transferência de posse e direitos sobre imóvel, firmado pelo preposto ou representante de apenas um dos titulares de domínio, não caracteriza justo título a reduzir sensivelmente o prazo de aquisição de domínio base no exercício de posse ad usucapionem. Descabe, outrossim, à parte que negligenciou

¹³⁰ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 193.

¹³¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. p. 277.

o seu encargo probatório no curso do processo tentar emendar a insuficiência em sede de apelação. Apelo desprovido.¹³²

Pela decisão acima mencionada, constata-se que a Décima Sétima Câmara do Tribunal de Justiça entendeu que, justo título poderia ser o documento de transferência de posse assinado pelos possuidores de forma conjunta. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento diverso, fato verificável com a jurisprudência inframencionada. Assim:

Reivindicatória. Usucapião como defesa. Acolhimento. Posse decorrente de compromisso de venda e compra. Justo título. Bem de família. A jurisprudência do STJ reconhece como justo título, hábil a demonstrar a posse, o instrumento particular de compromisso de venda e compra. O bem de família, sobrevindo mudança ou abandono, é suscetível de usucapião. Alegada má-fé dos possuidores, dependente do reexame de matéria fático-probatória. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Recurso especial não conhecido.¹³³

Ao se analisarem as decisões acima, verifica-se que, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a definição de justo título difere do Superior Tribunal de Justiça, o que gera incerteza jurídica no que tange à aquisição da propriedade imóvel pela usucapião ordinária.

Em relação ao parágrafo único, entende-se que o legislador pecou na formulação do mesmo, pelo fato de que, se houver redução de tempo para aquele que está cumprindo a função social da propriedade, estar-se-á indiretamente dando a oportunidade equivocada de interpretação ao parágrafo, de que no *caput*, o requisito da função social não precisa ser respeitado. E, como se sabe, para deferimento da ação, deve ser sempre respeitado o ditame constitucional. Portanto, em entendimento pessoal, devia-se suprimir do parágrafo único essa passagem que prevê que o usucapiente deverá estabelecer, no imóvel, a sua moradia, ou realizar nele investimentos de interesse social e econômico.

¹³² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível nº 70014100200. Relator: Elaine Harzheim Macedo. Porto alegre, RS, 16 de março de 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 20 jan. 2007.

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1998/0033247-2. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, DF, 15 de setembro de 2005. Diário de Justiça, 24.10.2005.

O próximo artigo inserido no contexto codificado foi o art. 1.258 do Código privado atual, regulando a aquisição da propriedade alheia por construção. Nesse sentido:

Art. 1.258- Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente.

Parágrafo único- Pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para construção.

Verifica-se com este dispositivo que o legislador buscou privilegiar o destino dado à propriedade, principalmente, se o ato que originou a construção não foi eivado de vício, ou seja, do vício objetivo da má-fé. Possibilita a primeira parte do artigo que, em ocorrendo essa construção, na proporção de até 05 % da propriedade vizinha, e a mesma tiver valor econômico acima da área invadida, que o invasor de boa-fé, ou seja, sem conhecimento da invasão, tenha o direito de aquisição da área invadida, mediante o pagamento cabal do seu valor e mais a desvalorização representada pela perda da parte integrante da propriedade vizinha. Percebe-se que o legislador inseriu essa possibilidade para que não houvesse prejuízo desnecessário ao construtor de boa-fé. Se essa situação for analisada proporcionalmente, chegar-se-á à conclusão de que essa área invadida pela construção não importa em descaracterização da propriedade que sofreu a invasão pela metragem da mesma, não gerando, por consequência, perda da utilidade do bem, ou mesmo prejuízo ao direito de propriedade como um todo. No entanto, se fosse determinada a demolição, geraria-se um prejuízo econômico e social considerável para o construtor de boa-fé, que buscava tão-somente cumprir com a finalidade constitucional da propriedade, dando-lhe melhor utilidade a essa finalidade, advinda da obrigação da aplicação da norma constitucional.

Já, em relação ao parágrafo único, percebe-se que o legislador busca a justiça social. Por ter havido intenção de obter benefício econômico e social em prejuízo alheio,

jamais essa conduta poderá ser incentivada, sob pena de caos social, atentando contra todos os princípios elencados na Carta Constitucional. Portanto, estando presentes os requisitos desse parágrafo, o construtor deve indenizar o proprietário da propriedade invadida, de forma exemplar e completa, ou seja, multiplicando a indenização anterior em 10 vezes.

No artigo seguinte, ou seja, no art. 1.259, estabeleceu o legislador a regulamentação da construção efetuada de forma a invadir, além de 05 % da área da propriedade vizinha. Estabelece o artigo:

Art. 1.259. Se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder a vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, e responde por perdas e danos que abranjam o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente; se de má-fé, é obrigado a demolir o que nele construiu, pagando as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro.

Nesse dispositivo jurídico, contempla novamente o legislador a destinação dada à propriedade pelo construtor-invasor e pelo proprietário da área invadida. Se houve a invasão, em tese, a área construída em terreno alheio não estava sendo utilizada para nenhum fim. Diante dessa falta de utilização, percebe-se que a área invadida estará, em consonância, quanto à exploração, com os ditames constitucionais, após a construção, já que essa foi destinada para alguma utilidade, estando, no entendimento pessoal contribuindo, de alguma forma, para a sociedade como um todo. Da área construída, sairão obrigatoriamente mais impostos, dois quais resultarão maior arrecadação de recursos para a sustentabilidade social. Mesmo a área invadida, sendo maior que 05%, em face dessa inutilidade anterior à invasão, concorda-se com a norma legal, que encontra sustentação na interpretação constitucional. *A extensa listagem de itens componentes da indenização tem por objetivo desmotivar aqueles que acaso tencionam tirar proveito do conteúdo normativo para estender a propriedade de que já são titulares.*¹³⁴

Em relação à construção efetuada de má-fé, mesmo gerando mais impostos por esta construção, entendeu o legislador que a justiça social seria observada se fosse compelido o construtor a demolir o que construiu, uma vez que jamais pode ser incentivada a desordem social. Em relação à indenização imposta pelo dispositivo legal, ela serve como forma de impedir que esse tipo de desordem aconteça de uma maneira incontrolável; indo, portanto, ao encontro do princípio da justiça social.

¹³⁴ MATTIELO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil comentado*. p. 791.

Concluída a análise dos artigos do Código privado, relativos ao direito de propriedade, no que tange às alterações ocorridas entre o primeiro Código de 1916 e o atual, necessário se faz analisar a legislação específica de Direito Agrário infraconstitucional, ou seja, o Estatuto da Terra com suas regulamentações.

2.2.3 Estatuto da Terra: Lei 4.504/64

A primeira lei que estabeleceu e estabelece os normativos de Direito Agrário, denominada Estatuto da Terra, nasceu numa época de grandes conflitos sociais, incluindo-se os problemas relativos à distribuição de riquezas e, por conseqüência, a questão agrária do país. Em função dos conflitos gerados na década de 60, em que estava na Presidência João Goulart, decidiu-se para a resolução dessa situação social, formar-se um grupo de pessoas que entendessem da matéria agrária para estabelecerem uma norma regulamentadora das atividades agrárias, incluindo formas de resolver a concentração de terras pela minoria populacional. Diante dessa união de pessoas, com a coordenação do Dr. Milton Campos, elaborou-se, nesse momento, o projeto da lei que foi enviado ao Congresso Nacional para aprovação. No entanto, em face das pressões dos grandes agricultores da época, acabou não sendo aprovado. Quando assumiu o novo Presidente, Humberto de Alencar Castelo Branco, foi enviada por ele uma mensagem, de n.º 33 ao Congresso Nacional, que continha o projeto do Estatuto da Terra, destacando a reforma agrária como necessária para a situação social do campo na época. Projeto que ressaltava, ainda, a necessidade do cumprimento da função social da terra e incentivava a constituição de empresas rurais, surgindo daí, o Estatuto da Terra.¹³⁵

A competência para legislar sobre o direito agrário é passada na época através da Constituição para a União, que edita, então, a Lei 4.504/64, com o intuito de resolver essas desigualdades e combater a crise presente.

Assim,

Constitucionalmente, recepcionou-se o Estatuto da Terra, gestados pelos movimentos sociais agraristas que antecederam o Golpe Militar de 1964, em decorrência da Emenda Constitucional n.º 10, de 10 de novembro de

¹³⁵ SILVA, Leandro Ribeiro da. *Propriedade rural*. p. 145 e 151.

1964 que ampliou a competência legislativa da União para os labirintos do Direito agrário.¹³⁶

Essa nova norma passou a regular as atividades agrárias desde então, que eram controladas por poucos que tinham acesso à terra, já que *a questão agrária no Brasil sempre foi tratada com o viés patrimonialista, permitindo-se que se caracterizasse a propriedade como privilégio de poucos.*¹³⁷

Diante desse contexto, buscou o legislador daquela época a garantia de vida digna para os que não possuíam um pedaço de chão, ou mesmo, para aqueles que possuíam pequenas propriedades familiares e não conseguiam garantir a subsistência familiar, instituindo, com essa finalidade, a norma regulamentadora acima apontada. As regras até então reguladoras da atividade agrária eram as do Código privado, porém, as relações do homem com a terra passaram a ser reguladas pelo Estatuto da Terra a partir desse momento. As normas de direito privado que regulavam os contratos, garantiam a autonomia privada como princípio embasador da relação contratual. Após o Estatuto, essas normas sofreram transformações importantes que alteraram os princípios embasadores dos contratos firmados relativos à terra, buscando o legislador defender a parte mais fraca no contrato, ou seja, a hipossuficiente, para que o continuísmo econômico dos produtores não se mantivesse, e aquele que buscasse o seu progresso econômico e social pela utilização da terra, tivesse oportunidades de alcançar esse objetivo.

Essa autonomia privada, embasadora dos contratos, possui e possuía grande importância para o ser humano, pois

[...] negar ao homem o poder de decidir autonomamente como quer viver, em que projetos pretende se engajar, [...] é frustrar sua possibilidade de realização existencial. Todos possuem o inalienável direito de serem tratados como pessoas, e o tratamento como pessoas exige o reconhecimento da autonomia moral do agente [...] Entretanto, esta autonomia privada não é absoluta, pois tem que ser conciliada, em primeiro lugar, com o direito das outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade, e, além disso, com outros valores igualmente caros [...], como a autonomia pública [...], a igualdade, a solidariedade [...].¹³⁸

¹³⁶ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Competência legislativa em matéria de direito agrário. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Orgs.). *O Direito Agrário na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 88.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 93.

¹³⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. p. 155.

Diante do nascimento desse normativo específico para a atividade agrária, passou-se, então, a ter conceitos próprios para a regulação dessa atividade, trazendo novas expectativas normativas. Desses conceitos, fazem parte a política agrícola, a reforma agrária, a função social da propriedade, a pequena, média e grande propriedade, o latifúndio, o minifúndio, a propriedade familiar, a empresa rural, entre outras. E mais: criam-se, a partir daí, regramentos contratuais próprios destinados à atividade agrária. Foram esses regramentos que relativizaram a autonomia privada da vontade, em face do interesse público envolvido nessa atividade, impondo algumas limitações, como prazos mínimos dos contratos agrários, cujas alterações decorrem de acordo com a atividade a ser exercida na terra. Esse controle da atividade feita pelo Estado foi e é essencial, servindo *para proteger a liberdade dos outros, de acordo com uma lei geral de liberdade, [...] seja para favorecer o bem comum e proteger a paz jurídica de toda a sociedade.*¹³⁹

Nesse sentido, os novos conceitos inseridos no Estatuto foram necessários e ainda o são, para que houvesse e haja o entendimento do normativo, com vista ao cumprimento do mesmo, para gerar o alcance da finalidade maior de sua elaboração, ou seja, a concretização da Reforma Agrária no país.

Este conceito de Reforma Agrária está disposto no art. 1.º caput e, no seu § 1.º :

Art. 1.º-Esta Lei regula os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, para os fins de execução da Reforma Agrária e promoção da Política Agrícola.

§ 1.º- Considera-se Reforma Agrária o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade.

Analisando o texto do artigo, verifica-se que o legislador buscou na elaboração, a melhor distribuição da terra. Como já demonstrado no desenvolver do presente trabalho, a terra foi sempre concedida à apenas parte privilegiada da sociedade, gerando desigualdades sociais no decorrer da história. Esse objetivo de distribuição possui vários objetivos vinculados. Dentre os objetivos, temos o controle do acesso à terra, da exploração dessa para gerar a subsistência do agricultor e de sua família e, por consequência, da produção advinda da terra para a melhora da qualidade de vida de toda a sociedade. Os objetivos estão exteriorizados no art. 16 do Estatuto, vejamos:

¹³⁹ *Ibid.*, p. 155.

Art. 16- A Reforma Agrária visa estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra capaz de promover a justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento econômico do País, com gradual extinção do minifúndio e do latifúndio.

Assim, ainda que o objetivo da reforma agrária, como demonstrado, na análise anterior da evolução constitucional do direito de propriedade, já tivesse sido regulamentado na Constituição de 1934, que restringia o uso da propriedade ao interesse social e coletivo, ou seja, impunha aos proprietários o cumprimento da função social da propriedade, para que não prevalecesse o caráter individualista da mesma, e sim, o seu caráter social, esse novo dispositivo veio a reforçar o objetivo traçado.

Essa obrigação vinculada a terra, de função social, vem ao encontro da finalidade de resguardar a sociedade como um todo, e não mais, somente, o proprietário do imóvel rural. Esta finalidade está descrita no art. 12 do Estatuto da Terra, que estabelece que:

À propriedade privada da terra cabe intrinsecamente uma função social e seu uso é condicionado ao bem-estar coletivo previsto na Constituição Federal e caracterizado nesta Lei.

Portanto, o novo dispositivo regulamentador das atividades agrárias visa a combater as propriedades que não estejam em consonância com a justiça social e a melhor distribuição da terra. Verifica-se, enfim, essa meta com o combate ao minifúndio e ao latifúndio, incentivando o legislador à criação de novas propriedades familiares e empresas rurais.

A razão de combate ao minifúndio se mantém na insustentabilidade gerada pelo mesmo, uma vez que é uma área de terra insuficiente para gerar o progresso social e econômico do agricultor e sua família, até mesmo a sua subsistência mínima. Quanto ao latifúndio, ele é combatido tanto pelo excesso de área física, em se tratando de latifúndio por extensão ou por sua improdutividade, como pela inobservância aos requisitos da função social da propriedade rural, em se tratando de latifúndio por exploração.

Um dos modos de incentivo criado pelo Estatuto foi o incentivo fiscal em relação à propriedade familiar, bem como as possibilidades de financiamento para gerar a produtividade necessária no imóvel. Foram criadas também isenções de impostos em relação à área não-proveitável do imóvel, cuja regulamentação está disposta no art. 49, § 4.º do Estatuto e Decreto n.º 84.685/80, art. 6.º. Em relação à finalidade de se criarem empresas rurais, a normatização pode ser encarada como um retrocesso social, pois a

finalidade buscada na época *viria a beneficiar fortemente a instalação do grande capital no meio rural brasileiro, em detrimento do pequeno agricultor, frustrando os anseios de uma reforma agrária que trouxesse como consequência o bem-estar geral.*¹⁴⁰

Como forma de pressionar o cumprimento da função social da propriedade pelos sujeitos desse direito, estabeleceu o legislador na lei 4.504/64, no seu art. 13 o seguinte: *O Poder Público promoverá a gradativa extinção das formas de ocupação e de exploração da terra que contrariem a sua função social.*

Essas novas legislações visaram tão-somente ao alcance da justiça social. A justiça social é gerada pela possibilidade de acesso à terra também, pois, com a posse ou a propriedade da terra, pode o possuidor direto ou proprietário promover a sua subsistência e, ao mesmo tempo, contribuir para o aumento de bens de consumo gerados pela produção adequada. Não há como sustentar uma sociedade sem a utilização da terra, porque é da terra que sai o alimento do dia-a-dia; da produção sairá, automaticamente, a arrecadação dos impostos de circulação de bens e de renda, contribuindo para que os governantes possam usufruir dessa fonte de renda para fiançar a subsistência da sociedade com um todo, garantindo a educação, a saúde, e as demais obrigações do Estado. Assim, tal consequência nada mais é do que a evidência da sociedade sistêmica. Não há como isolar um ambiente social dos demais. Qualquer ato, mesmo que ele seja omissivo, gerará efeito sistêmico em toda a sociedade. Por esse fato, devem-se criar estruturas para reduzir as frustrações advindas das expectativas normativas.

Dentre os requisitos de cumprimento da função social da propriedade encontra-se o da respeitabilidade das normas de direito ambiental para a preservação do meio ambiente. A sociedade vem produzindo várias interferências no meio ambiente. Essas, por sua vez, multiplicam-se face ao sistema capitalista em que se vive. Aumenta cada vez mais o número de indústrias que produzem bens de consumo para a sociedade e, em função da industrialização desses bens, o meio ambiente acaba sendo agredido de uma forma mais ou menos violenta. O objetivo atual são os aumentos progressivos de riquezas, o que, muitas vezes, acaba sendo buscado a qualquer preço. Essa busca incessante de progresso viola normas ambientais, o que, em consequência, gera um efeito sistêmico negativo, que é a redução da qualidade de vida do ser humano, inserido neste contexto social. Em virtude disso, o legislador propõe-se, constantemente, a criar normas regulamentadoras das

¹⁴⁰ SILVA, Leandro Ribeiro da. *Propriedade rural*. p. 151-152.

atividades pertinentes à matéria, as quais, somente, poderão ser concretizadas pelo aumento da consciência ambiental do ser social.

A terra é a base física do homem que sobre ela vive e dela tira o seu sustento. Há um liame perfeitamente delineado entre esta e o homem, do qual este deveria ter uma consciência mais objetiva de molde a melhor valoriza-la, suporte indispensável à vida no planeta Terra. O homem é um ser eminentemente social, um ser dependente dos outros integrantes da sociedade a que pertence, mas, também, detentor de responsabilidade ante os demais membros da referida sociedade, por isso deve usar de todos os meios para proteger e conservar a terra.¹⁴¹

Enquanto esta consciência não transparece, deve a fiscalização do cumprimento da função social ser efetiva, e os meios de fazê-la ser cada vez mais aprimorados, para garantir um controle justo e adequado à situação crítica, atual do país.

Os critérios para análise do cumprimento da função social foram elencados no Estatuto da Terra e leis posteriores. E a função de controle, por sua vez, foi delegada ao INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária), que fiscaliza as áreas rurais e relata o cumprimento da função social ou não da propriedade vistoriada.

Não obstante, analisando-se sistemicamente a relação homem-terra, não adianta o cumprimento da função social da terra sem que haja uma política agrícola adequada, uma vez que, respeitados os requisitos de cumprimento da função social pelo proprietário ou possuidor legal, o próximo passo é a sustentação do produtor pelo que produziu, o que merece a contribuição governamental.

Chega-se à conclusão de que, para que haja a justiça social pela igualdade de oportunidades de acesso ao progresso social e econômico, deve haver um controle efetivo pelo governo da circulação dos bens de consumo, produzidos no meio rural. A análise que se faz atualmente, é que os produtores e os consumidores são os que menos lucram com a atividade agrária, fazendo com que o objetivo maior da Constituição, ou seja, o direito à vida, que deve ser digna, seja cada vez mais difícil de ser alcançado. Pertinente observar ainda que *no Brasil somente o atravessador enriquece, comprando os produtos do campo a preços insignificantes e vendendo tais produtos nos grandes centros urbanos por preços exorbitantes. Com isso, o produtor da riqueza permanece muito pobre.*¹⁴² Diante desse fato lamentável, cumpre ao governo tomar medidas efetivas para que essa discrepância não

¹⁴¹ MIRANDA, Gursen de. *Direito Agrário e Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 02.

¹⁴² SILVA, Leandro Ribeiro da. *Propriedade rural*. p. 169.

aconteça, pois a justiça social tem de ser a meta governamental, que somente se alcança com a distribuição eqüitativa de riquezas. Como já mencionado, se em sua totalidade, essa atividade não for controlada, a frustração social gerará o aumento do índice de pobreza do país. Para tanto, as estruturas, nesse contexto, devem ser elaboradas de acordo com o aumento da complexidade social atual, que se multiplicam dia a dia.

3 EXPECTATIVAS NORMATIVAS DE ACESSO À PROPRIEDADE À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS

A abordagem a ser trabalhada no presente capítulo diz respeito à análise da comumente denominada função social da propriedade a partir da teoria dos sistemas sociais de Luhmann. Com isso, pretende-se demonstrar que referida função é um caráter complexo de uma sociedade cuja contingência é derivada da dinâmica evolutiva do sistema social. Nessa linha de raciocínio, objetiva-se perscrutar as expectativas normativas sobre o tema, levando-se em consideração a necessária recursividade interna de tal elemento, facilitador de mudanças no próprio subsistema jurídico.

3.1 Teoria dos sistemas e propriedade: uma nova visão

As demonstrações no decorrer desta dissertação, dão conta de que o direito ao acesso à propriedade no Brasil foi normalmente concedido a um grupo de pessoas privilegiadas que possuíam alguma relação com os que detinham o poder de propiciar esse acesso. Isso gerou, desde a primeira ocupação do solo brasileiro, discrepâncias e, por consequência, injustiças, uma vez que o acesso à propriedade foi sempre concedido de modo a ocasionar uma má distribuição dessa fonte de riquezas e de progresso social.

Em face dessa má distribuição do solo brasileiro, a partir da primeira ocupação, a consequência foi o grande número de pessoas vivendo em situações de indignidade. Tal situação, propiciada pela falta de oportunidade, poderia ser reduzida com o simples acesso à propriedade.

Para resolver esse problema social de acesso à propriedade rural, foram-se editando leis referentes à exploração da propriedade. As referidas leis nada mais são do que estruturas criadas para redução da complexidade social no que pertine ao acesso do direito em questão. Por sua vez, tais estruturas servem para redução dos riscos de frustração da expectativa normativa, uma vez que, para se ter o acesso à propriedade, de forma mais justa, necessário se faz analisar esse problema social, através da visão sistêmica. Com isso, o Direito incumbe-se de institucionalizar a expectativa, diminuindo-se a indeterminação e o risco (consequente redução da complexidade).

Dessa maneira,

[...] O Direito é assim “a estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”. O Direito, para Luhmann, embora visto como uma estrutura, é dinâmico devido à permanente evolução provocada pela necessidade de constantemente agir como uma das estruturas sociais redutoras da complexidade das possibilidades de ser no mundo.[...] ¹⁴³

A forma pela qual se reduz complexidade, ato necessário para o enfrentamento da questão da função social da propriedade na teoria dos sistemas, é a divisão de funções dentro de um sistema social. Existem subsistemas. Cada um deles possui uma função. O Direito é um deles. Logo, possui função própria: a decisão tomada com base em seus elementos e em sua estrutura. O Direito, portanto, é um subsistema parcial diferenciado do sistema social.

3.1.1. O Direito como subsistema funcionalmente diferenciado

A teoria do conhecimento proposta por Luhmann é, de fato, um arcabouço teórico bastante sofisticado, *capaz de estar a la altura de los planteamientos problemáticos que hoy se enuncian bajo la noción de posmodernismo*.¹⁴⁴ Como sustenta o autor¹⁴⁵, a relação entre a análise funcional e a teoria do sistema está no fato de que o verdadeiro postulado teórico - que permite sua aplicação - reside na construção do problema (função social da propriedade).

Luhmann parte do pressuposto da real existência dos sistemas¹⁴⁶, retirando qualquer dúvida a respeito. Nesse sentido, toda e qualquer análise/conceito de sociedade deve partir da faticidade dos sistemas.

¹⁴³ ROCHA, Leonel Severo. Luhmann, Niklas. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 551-552.

¹⁴⁴ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la Teoría de Sistemas*. Barcelona: Anthropos; Guadalajara: ITESO, 1996. p. 59.

¹⁴⁵ *Id.* *Sistemas Sociales*. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1998. p. 73.

¹⁴⁶ Para maiores detalhes, ver LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1990. p. 41 et. seq.

Falar de sociedade é referir-se a sistemas. É mediante à estruturação sistêmica que se torna possível identificar a equação da problemática da (im)possibilidade da ordem social e jurídica. A já referida existência dos sistemas leva à possibilidade de se alargar o campo do possível. Ao contrário do que alguns filósofos e operadores do Direito propugnam, o sistema jurídico não pode ser visto como um sistema heteropoiético (Ferrajoli) e incomunicavelmente fechado (positivismo kelseniano). Isso nega mobilidade a um problema extremamente dinâmico, além de dar menos visibilidade ao que necessita ser visualizado. O Direito deve ser analisado sob a ótica sistêmica, que amplia o seu campo de atuação e o faz ser pensado como algo muito maior, mais contextual¹⁴⁷ e mais complexo do que sua hierarquização e forma de análise verticalizada/organizacional.

Amplia-se, desse modo, o que se pode observar, uma vez que a tomada de análise das funções equivalentes aos problemas do sistema deve ser estabelecida mediante uma diferenciação (confrontação) entre sistema e ambiente, a ser feita pela figura do observador. Ainda, a teoria dos sistemas sociais de Luhmann permite compreender a totalidade da sociedade, porém não indica como tais elementos devem ser (dever-ser jurídico kelseniano). Apenas procura compreender e descrevê-los a partir de um instrumental teórico poderoso, mas que não esgota o social e que não pretende lhe dar a observação última.

Nesse diapasão, a importância de se estabelecer o Direito como subsistema autônomo se dá pelo fato de que tal subsistema criou uma rede recursiva interna e universal que o diferencia do entorno (tudo aquilo que não é Direito). Isso ocorre de tal forma, que o sistema jurídico se enclausurou operativamente e será o único subsistema responsável por problemas relativos à sua unidade, conseguindo, dessa forma, uma diferenciação funcional. Com isso,

La teoría de sistemas le permite contar con un conjunto integrado de conceptos, cuya pretensión de ser aplicable a todo lo social, lo hace particularmente adecuado para enfrentar el desafío de participar en una teoría capaz de dar cuenta de la sociedad globalizada, pero también de los

¹⁴⁷ A respeito da contextualidade da ótica sistêmica, CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Editora Cultrix, 1996, p. 41 diz que *o pensamento sistêmico é "contextual", o que é o oposto do pensamento analítico. A análise significa isolar alguma coisa a fim de entendê-la; o pensamento sistêmico significa colocá-la no contexto de um todo mais amplo.*

fenómenos propios de los diferentes subsistemas sociales que tienen lugar en ella¹⁴⁸.

Portanto, a questão do Direito, sob o perscrutamento sistêmico, repousa na observação da unidade da diferença das funções equivalentes que compõem esse subsistema. Trata-se, pois, de comparar a função do sistema jurídico (Direito/não Direito), para que se possam (re)descobrir possibilidades outras que tornem possível a (re)construção de sentido de seu objeto.

Assim, é o sistema que possibilita a diferenciação do Direito. Os subsistemas parciais (Direito, saúde, educação, política...) adquirem uma tal forma de especificidade universal, que a reunião de suas características funcionalmente diferenciadas com os demais subsistemas do sistema global da sociedade complexifica suas (im)possibilidades, ainda que não se pretenda a complexidade como algo impeditivo.

3.1.2. A redução da complexidade

A Teoria dos Sistemas tem como principal objetivo o fornecimento de uma nova descrição a respeito de certos fenômenos sociais. Não se trata, aqui, somente, de perscrutar a dogmática estabelecida a respeito do direito à propriedade. Muito mais importante é verificar sua correlação com o sistema social na qual se insere.

Nessa linha de raciocínio, o direito da propriedade apresenta-se como um necessário viés para se observar tanto o Direito como a Sociedade. Isso somente pode ser conseguido pela figura de um *outsider*, de um terceiro. Em outras palavras, para que se definam as expectativas normativas lançadas em direção à propriedade, são necessárias as visões jurídica e social.

A correlação entre Direito e sociedade é objeto de estudo da sociologia do Direito, que é *o método científico que estuda as relações entre Direito e sociedade*¹⁴⁹, busca uma teoria da sociedade que possa estar em consonância com a complexidade do mundo atual. Para tanto, a sociologia clássica não presta mais para essa finalidade.

¹⁴⁸ MANSILLA, Darío Rodríguez. *La Teoría de la Sociedad: invitación a la sociología de Niklas Luhmann*. México: Metapolítica, v. 5, n. 20. p. 42-43.

¹⁴⁹ ARNAUD, André Jean; DULCE, Maria José Farinas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. p. 9.

Isso porque

A sociologia clássica do direito tentou referir-se à teoria da sociedade. Naquele tempo, porém, a teoria da sociedade estava em um processo de dissolução. O instrumental da pesquisa sociológica que então começava a desenvolver-se apresentava exigências teóricas e metodológicas que não mais podiam ser satisfeitas com as antigas concepções globalizantes da totalidade social.¹⁵⁰

A concepção de sociedade se alterou ao passar dos tempos, abandonando-se a visão de concretude do homem na sociedade, de participante dessa sociedade que é composta de homens convivendo em um determinado território.

[...] Para a antiga tradição européia da filosofia social e da filosofia do direito era evidente que o homem encontrava sua liberdade e sua virtude, sua sorte e seu direito enquanto parte viva da sociedade também viva. A sociedade era vista como associação de homens concretos muitas vezes explicitamente chamada de corpo social. [...] Nesse contexto, o ambiente da sociedade, sem se considerar a natureza não humana, só podia se constituir de outras sociedades, ou seja, de corpos sociais formados por outros homens. Conseqüentemente, os limites da sociedade eram concebidos como limites da descendência ou limites territoriais que agrupavam os homens nas categorias de pertencentes ou não pertencentes. Os desenvolvimentos mais recentes de teoria sociológica de sistemas força o rompimento com tais concepções. O sistema social, enquanto sistema estruturado de ações relacionadas entre si através de sentidos, não inclui, mas exclui o homem concreto.¹⁵¹

Diante dessa visão, verifica-se uma nova forma de relação entre o Direito e a sociedade, pois a concepção de sociedade e de ser social se alteram. Luhmann cita esse fato como a superação da base do pensamento em termos de direito natural. Para o autor,

[...] a sociedade [...] é um sistema social que, em um ambiente altamente complexo e contingente, é capaz de manter relações constantes entre

¹⁵⁰ LUHMANN, Nicklas. *Sociologia do Direito I*. p. 167.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 169.

ações. Para tanto o sistema tem que produzir e organizar uma seletividade de tal forma que ela capte a alta complexidade e seja capaz de reduzi-la a bases de ação, passíveis de decisões.[...] a sociedade é aquele sistema social cuja estrutura regula as últimas reduções básicas, as quais os outros sistemas sociais podem referir-se.¹⁵²

Todavia, e o mais interessante, é o fato de essa seletividade necessária ser condição *sine qua non* para que um ordenamento mais elevado seja construído e, ao mesmo tempo, é o que torna heterogêneo o sistema. Nessa linha de raciocínio, a complexidade vai determinar a diferença, o sistema e seu entorno.

A idéia da complexidade traz consigo o ensejo de que o campo ilimitado do mundo do possível (paradoxo) não é um mundo real. Com isso, serão as equivalências funcionais as responsáveis pela possibilidade fática do desvelamento dado pela observação.¹⁵³

A complexidade é, então, reconstruída a partir de outro prisma: a de sua redução. É sua redução que, paradoxalmente, permite a evolução social, e mais: é o que permite toda a origem da interação social.¹⁵⁴ No entanto, o problema da interação social deve ser entendido da seguinte forma: o problema da contingência não-somente como um problema a ser enfrentado, mas como uma questão que gera maiores possibilidades para sua própria resolução.¹⁵⁵

Tal complexidade da sociedade moderna é refletida pela mudança de suas características de uma forma muito rápida. Como já mencionado, as ações devem ser direcionadas para a escolha adequada, buscando, na seletividade, a decisão apta a gerar a sua redução.

Desde o momento que a sociedade moderna começou a considerar-se moderna, as características da modernidade estão em mudança contínua. No plano das operações realizadas através da estrutura da sociedade

¹⁵² *Ibid.*, p. 168.

¹⁵³ AMADO, Juan Antonio Garcia. *La Société et le Droit chez Niklas Luhmann*. In: ARNAUD, Andre-Jean; GUIBENTIF, Pierre. *Niklas Luhmann observateur du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 103.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 104. *Mais complexité ne signifie pas seulement évolution. Elle est également présent au commencement de tout ordre, à l'origine de tout interaction sociale.*

¹⁵⁵ Observa a respeito LUHMANN, Niklas. *Il Sistema Educativo: problemi de riflessività*. Roma: Armando Editore, 1988, p. 93-94: *La formula di contingenza adatta allá situazione odierna non sideve soffermare sul semplice criticare, ma sul poter apprendere.*

moderna, aquilo que caracteriza sua recursividade é a capacidade de autotransformação.[...].¹⁵⁶

Assim, diante dessa nova característica, a teoria dos sistemas vem criticar a relação clássica do Direito e sociedade, combatendo a visão antiga de que o Direito era uma norma posta à sociedade concebida com a característica de contrato. *O Direito é um fato social, e não apenas um conjunto de normas que formam um sistema lógico, disciplinador da vida em sociedade.*¹⁵⁷ Essa teoria apresenta as condições necessárias para entender as transformações sociais e contribuir para a redução da complexidade social. Logo,

a teoria dos sistemas de Luhmann tem assim proporcionado a configuração de um novo “estilo científico” mais apto à compreensão das atuais sociedade complexas que vivemos, estando no centro das discussões atuais sobre o sentido do direito e da sociedade.¹⁵⁸

A teoria em questão, visa a uma nova visão, combatendo a uniformização das normas, uma vez que, cada sociedade possui suas peculiaridades, as quais devem ser observadas para comporem o conjunto normativo. Ou seja,

[...] a abordagem sistêmica permite ultrapassar a falsa alternativa, colocada pelas posturas analítico-formalistas e pelos “sociologismos” do direito, entre o sistema normativo isolado ou um sistema decisional socialmente determinado.[...].¹⁵⁹

Não existe somente um sistema social. A sociedade é composta de vários sistemas sociais em face da comunicação entre os seres integrantes da mesma. A nova sociedade é interdisciplinar.

[...] a sociedade, como sistema total de comunicação, surge desde o primeiro momento em que tal coisa ocorre. Porém, tanto o aumento no

¹⁵⁶ GIORGI, Raffaele de. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 227-228.

¹⁵⁷ ROSA, F. A. de Miranda. Posição e autonomia da Sociologia do Direito. In: SOUTO, Claudio; FALCÃO, Joaquim. (Orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Thomson Pioneira, 1999. p. 3.

¹⁵⁸ ROCHA, Leonel Severo. Da Epistemologia Jurídica Normativista ao Construtivismo Sistêmico. p. 33.

¹⁵⁹ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da Teoria Jurídica Contemporânea*. Curitiba: JM, 1997. p. 224.

número de pessoas que se integram nesse sistema primeiro, como a multiplicidade de comunicações e dos comportamentos possíveis, implica um nível de complexidade paralisante. A sociedade não pode crescer enquanto a complexidade, que ainda admite dentro de si, não for reduzida, enquanto não for canalizada novamente. [...].¹⁶⁰

Nesse contexto, para essa teoria, o Direito é criado por si mesmo, por intermédio de suas estruturas, isolando-se clausuradamente do entorno ao mesmo tempo em que se abre cognitivamente para as influências dos demais subsistemas sociais. *O direito deixa aberta a possibilidade de tratar de maneiras sempre diferentes a contingência que se produz.*¹⁶¹ Com isso, consegue estabilizar as expectativas mediante sua auto-estruturação ou mesmo, seletividade. *A constituição paradoxal desta sociedade requer um contínuo incremento da seletividade das operações que constituem sua estrutura.*¹⁶²

Uma das seletividades é a positivação do Direito. Essa positivação se dá através da decisão. A decisão, na visão sistêmica, não se trata somente da decisão do Judiciário, quando o conflito social se apresenta para ser resolvido. Também ocorre, por exemplo, no momento da feitura da norma legal, uma vez que, nesse momento, tem o legislador que fazer escolhas diante da necessidade social e editar a norma buscando a redução da complexidade. No entanto, essa decisão não será imutável, e a sua vigência será estabelecida de acordo com a complexidade social que se apresenta. Nesse contexto, quando a complexidade gerar necessidade de nova estrutura para a sua redução, a decisão anterior poderá perder a sua vigência e, por consequência, será substituída por outra, para atingir o objetivo almejado, fazendo o decisor novamente escolhas para a busca da estrutura adequada. Essas alterações frequentes das decisões tomadas anteriormente fazem com que o Direito seja efetivamente positivado, sendo esse fato entendido por Luhmann como “a legalização de mudanças legislativas”.

A decisão do legislador [...] se confronta com uma multiplicidade de projeções normativas já existentes, entre as quais ele opta com maior ou menor liberdade. Se não fosse assim, ela não seria uma decisão jurídica. Sua função, portanto, não reside na criação de direito, mas na seleção e

¹⁶⁰ AMADO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o Direito na Obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André Jean; LOPES JR, Dalmir (Orgs.). *Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 306.

¹⁶¹ GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 79.

¹⁶² *Id.*, *Direito, tempo e memória*. p. 230.

na dignificação simbólica de normas enquanto direito vinculativo. Ele envolve um filtro processual, pelo qual todas as idéias jurídicas tem que passar para se tornarem socialmente vinculativas enquanto direito. Esses processos não geram o direito propriamente dito, mas sim sua estrutura em termos de inclusões ou exclusões; aí se decide sobre a vigência ou não, mas o direito não é criado a partir do nada.¹⁶³

As decisões relativas ao direito de propriedade, portanto, devem seguir os critérios autônomos dos sistemas jurídicos, sem esquecer que esses mesmos critérios resultam da contingência social. Uma das funções do Direito é a organização social. A sociedade como um todo observa as decisões tomadas e procura se adaptar a elas, agindo, portanto, de acordo com a sua expectativa normativa.

A função de orientação social é cumprida por meio de modelos normativos gerais, abstratos, universais e coerentes. Isso implica que, por essa função, o direito assegura não apenas a estabilidade nos modelos normativos, mas também sua segurança jurídica, na medida em que os atores sociais podem conhecer e prever os efeitos de seu próprio comportamento e do comportamento dos outros, e planejar, assim, a sua interação social. Uma consequência importante da função de regulação ou orientação social é a possibilidade de calcular e de prever que o sistema jurídico fornece aos indivíduos em sua ação social. [...].¹⁶⁴

Para que o Direito alcance o seu objetivo, deve ser cada vez mais geral e menos específico. Em função das mutações sociais progressivas, para que esse possa resolver a complexidade apresentada, deve esquecer a finalidade individual da norma. A decisão deve ser tomada para um todo e não para indivíduos concretos inseridos nesse todo.

[...] Um direito tão amplamente potencializado tem que vigir, concomitantemente, enquanto direito para um número maior de pessoas muito mais diferentes entre si, isto é, mais fortemente generalizado também no sentido social. Ele tem que tornar-se praticamente independente do conhecimento e do sentimento individual, e mesmo assim ser aceito. Só através da minimização da participação individual é que podem ser institucionalizadas mudanças tão rápidas e visíveis, e uma tão ampla disseminação do direito.¹⁶⁵

¹⁶³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 08.

¹⁶⁴ ARNAUD, André Jean; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. p. 153.

¹⁶⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. p. 12.

Em se tratando de decisões judiciais, não deve o julgador preocupar-se com o consenso em face dessa generalização necessária para manutenção do Direito. Deve fazer a escolha da decisão que entende servir para a redução da complexidade social apresentada.

Ressalta-se que,

Na sociedade moderna, diferenciada, não se pode mais pensar em critérios de verdade necessária ou impossível, mas somente possível. A forma de sociedade moderna tem de enfrentar assim a complexidade produzida pela possibilidade de se tomar decisões sempre diferentes. Nesta linha de idéias, na modernidade não é mais possível se manter a concepção medieval dominante do Direito, o Direito natural: Direito eterno, imutável, indiferente às transformações sociais. O Direito moderno, ao contrário, para sobreviver na sociedade indeterminada, será um Direito positivo. Um direito diferenciado e construído por decisões.¹⁶⁶

Em linhas gerais, pode-se dizer que a função do Direito, enquanto subsistema que visa a reduzir a complexidade social, é a de institucionalizar expectativas, diminuindo a indeterminação e o risco. É nesse sentido que Luhmann entende o Direito como um “alívio para expectativas”. O Direito, dessa forma, tem um papel seletivo das expectativas comportamentais, transformando-as em expectativas normativas.¹⁶⁷

3.1.3. As expectativas normativas

Nessa linha de pensamento, a teoria dos sistemas parte do pressuposto de que o mundo apresenta ao homem, uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação, de informação, e ação atual e consciente.¹⁶⁸ Nesse sentido, reforça a idéia de “complexidade”, que informa que sempre existem mais possibilidades do que se pode

¹⁶⁶ ROCHA, Leonel Severo. Da Epistemologia Jurídica Normativista ao Construtivismo Sistemico. p. 13.

¹⁶⁷ Como assevera Luhmann, *as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. [...] O símbolo do “dever ser” expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do “dever ser”*. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. p. 57.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 45.

realizar, implicando a idéia de “contingência”, pela qual as escolhas podem levar a resultados diferentes dos almejados, devido a sua intangibilidade. Como sintetiza com propriedade Luhmann, *em termos práticos, complexidade significa seleção forçada e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos*.¹⁶⁹ Nesse contexto, decisões devem ser tomadas, independentemente do seu efeito sistêmico. Por conseqüência, *na sociedade complexa, o risco torna-se um elemento decisivo. O risco é um evento generalizado da comunicação, sendo uma reflexão sobre as possibilidades de decisão*.¹⁷⁰

Ocorre que, em função do convívio social, estabelecem-se as chamadas expectativas. Trata-se de expectativas comportamentais recíprocas. O “outro”, dessa forma, é compreendido pelo homem como seu “alter ego”, sendo que as expectativas do “outro” passam a ser as suas próprias expectativas.¹⁷¹ A contingência, assim, incorpora um elemento complicador, pois o comportamento do “outro” não é algo determinado, posto que possui liberdade em seu comportamento. Na expressão de Luhmann, isso leva à “potencialização do risco” e caracteriza a chamada “dupla contingência”. Assim, não obstante o fato de o direito de propriedade acompanhar e evoluir com a humanidade, percebe-se que a compreensão do alcance do instituto na sociedade contemporânea perpassa pela compreensão da idéia de complexidade e da reciprocidade inerente ao instituto.

Nesse sentido, o direito de propriedade tem sua existência ligada à necessidade de normatizar as expectativas comportamentais recíprocas que, em sua origem, estavam ligadas à idéia de uma propriedade absoluta. Era necessário, através do instituto, estabelecer claramente os seus limites, visando a atribuir certeza às relações sociais. Ao Direito, pois, coube atuar como um redutor da complexidade, normatizando tais expectativas. Essa normatização se operou e se opera através da decisão, que trata da positivação do Direito, que ocorre tanto no momento da escolha da decisão adequada, como na sua validação pela transformação da estrutura anterior, alcançando, assim, a sua vigência. Na busca da melhor escolha, devem-se questionar todas as escolhas possíveis, fazendo uma reflexão sobre as mesmas e atingindo um maior índice possível de redução da complexidade.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 46.

¹⁷⁰ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. p. 104.

¹⁷¹ Veja-se a citação 3, p. 10.

Dessa forma,

[...] podemos reduzir o conceito da positividade à formulação de que o direito não só é estatuído (ou seja, escolhido), através de decisões, mas também vige por força de decisões (sendo então contingente e modificável). Através da reestruturação do direito no sentido da positividade, sua contingência e sua complexidade são imensamente aumentadas e com isso equiparadas às necessidades de uma sociedade funcionalmente diferenciada. Assim, a contingência e a complexidade do direito são levadas a um outro plano - com novas condições estruturais, novas possibilidades de organização, novos riscos e problemas. Essa mudança abrange todas as dimensões da generalização das expectativas e só é realizável na medida em que a congruência do direito seja assegurada de uma nova forma.¹⁷²

Em decorrência dos anseios sociais se alterarem no tempo, para a redução da complexidade ocorrer, não cabe mais buscar soluções para esses anseios, pautadas em decisões baseadas em normas ou princípios normativos estáticos.

Esse fato é comprovado com o aumento da complexidade da sociedade e com o surgimento da questão social, a partir do declínio do Estado Liberal e do surgimento do Estado Social, as expectativas comportamentais sofrem um “plus”. Nesse período histórico, em face da prevalência do coletivo em detrimento do individual, surgem questionamentos a respeito do caráter absoluto da propriedade. Pode-se atribuir essa modificação nas expectativas comportamentais em virtude da existência do dissenso, da diferença.

Os conflitos gerados em função da expectativa normativa desse direito se propagam e passam a ser enfrentados pelo Judiciário através de suas decisões. Utiliza-se, portanto, o Direito. No entanto, deve ser entendido que *o direito apenas põe à disposição da sociedade a forma adequada de comunicação para o tratamento não violento dos conflitos*.¹⁷³ Ele não deixa de gerar por consequência novos conflitos através da contingência social, pois ela não possui certeza absoluta, ou mesmo, porque essa decisão

¹⁷² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. p. 10.

¹⁷³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 129.

poderá ser observada como expectativa normativa por outro indivíduo presente na sociedade.

É nesse contexto que, em face da evolução das expectativas comportamentais recíprocas, a noção contemporânea do direito de propriedade passa a estar indissociavelmente ligada à idéia de que a mesma deve cumprir sua função social.

Essa nova visão da propriedade adveio da decisão pela regra da maioria¹⁷⁴, sustentáculo da democracia. O exercício da democracia se dá no momento em que a maioria da sociedade decide o seu destino para atender os seus anseios. Para tanto, deve a decisão ser coletivizada a fim de o exercício da democracia ser efetivado, atingindo sua finalidade.

Em face da modificação das expectativas comportamentais que fazem parte do instituto, o próprio ordenamento jurídico veio contemplar a idéia de que a propriedade passa a ser restrita. Rompe, com isso, a vetusta interpretação do instituto, que atribuía ao proprietário poder absoluto sobre a coisa. Essa decisão ocorreu em virtude da característica do direito de propulsor do desenvolvimento social.¹⁷⁵ Com as escolhas efetuadas nesse contexto, através da decisão social, atingiu-se a conclusão de alteração da forma de efetuar a exploração do direito de propriedade, para que a sua finalidade fosse alcançada, ou seja, a redução das desigualdades através da funcionalização da propriedade.

Uma dessas escolhas, ou mesmo estruturas criadas para redução da complexidade social, buscando regulamentar o direito ao acesso da propriedade rural, foi a edição da Lei 4.504/64, denominada Estatuto da Terra. Com o advento do Estatuto da Terra, criou-se um plano de reforma agrária, com o objetivo de propiciar o acesso à propriedade da terra para

¹⁷⁴ Campilongo examina o contexto da regra da maioria e define o termo. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. p. 41-42. Segundo o autor: *Uma das mais importantes regras de convivência social é a regra da maioria. Ela se identifica com um conjunto de atividades sociais, governadas por regras escritas ou não, estatais ou não, que permite a introdução de inovações e mudanças nos arranjos de convivência em sociedade. Portanto, a regra da maioria é prática social constante, seqüencial e dinâmica, compartilhada por pessoas do mesmo grupo, da mesma região ou da mesma cidadania. Um modelo de comportamento destinado a definir a ação coletiva sem violar a igualdade política e a soberania popular. A regra da maioria aplica-se a um conjunto finito de pessoas, num espaço territorial determinado, e dentro de certos limites temporais. Sua legitimação depende de como todos estes fatores estão articulados num determinado contexto social e dos critérios para periódica revisão da distribuição desses elementos. Por isso é uma legitimação eventual.*

¹⁷⁵ Luhmann salienta esta característica do direito. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. p. 12. Segundo o autor: *O direito não mais restringe o desenvolvimento social, pois qualquer estrutura eventualmente necessária pode ser juridicamente codificada.[...] o direito serve como instrumento do desenvolvimento social, como mecanismo de definição e distribuição de chances e de resolução de conseqüências funcionais problemáticas [...].*

um maior número de pessoas, possibilitando-lhes a utilização da terra como meio de alcance do progresso social e econômico, ou seja, garantido-lhes a inclusão social, diminuindo-se, assim, os índices alarmantes de exclusão.

Com efeito,

[...] a imprensa nacional deu ênfase à divulgação de um Atlas de Exclusão Social, elaborado por uma equipe de pesquisadores da Universidade de São Paulo, da UNICAMP e da PUC-SP, sob a coordenação do Secretário do Trabalho de São Paulo, Marcio Pochmann. O estudo conclui que, no ano 2000, o índice de exclusão social no Brasil chegou à cifra de 47,3%, para uma população estimada em 170 milhões de habitantes. [...]¹⁷⁶

O art. 16 do Estatuto estabelece o que seja reforma agrária. E, logo após, em seu art. 17, indica os meios pelos quais poderá se perfectibilizar o acesso à propriedade rural. Dentre esses meios de acesso, têm-se a usucapião, a desapropriação e, no Código de Processo Civil e Código Civil, as Ações Possessórias. Para melhor entendê-los, far-se-á uma abordagem de acordo com a ordem referida.

3.2 Formas de acesso à propriedade

A primeira forma de acesso à propriedade a ser, aqui, considerada é a usucapião. A usucapião consiste na forma originária de aquisição da propriedade que possibilita àquele que completar os requisitos legais o acesso à propriedade por esse instituto. Declara-a por sentença transitada em julgado, gerando, por conseqüência, a redução da complexidade social. No entanto, em relação aos bens passíveis de usucapião, analisar-se-á a (im) possibilidade de usucapir terras devolutas. Para tanto, o enfoque inicial será a origem da usucapião e seu fundamento.

¹⁷⁶ MARQUES, Benedito Ferreira. Justiça agrária, cidadania e inclusão social. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Orgs.). *O Direito Agrário na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 102.

3.2.1 A Usucapião: origem

A usucapião não é algo novo, surgiu antes de Cristo, antecedendo a Lei das Doze Tábuas. *No Direito Antigo tinha como requisitos: a) a posse; b) coisa hábil [...] c) tempo [...]. O principal efeito do usucapião era gerar a aquisição do bem*¹⁷⁷. Verifica-se que já, naquela época, havia a preocupação com a ocupação da terra, ou seja, com a valorização da destinação dada à terra, concedendo ao ocupante, mediante o cumprimento dos requisitos legais, o direito à usucapião. Veja-se:

[...] na civilização romana, em seus primórdios, o patrimônio privado adquiria-se pela *mancipatio* e *in iure cessio*, surgindo no período clássico a propriedade quirítária, pretoriana ou bonitária, a provincial e a propriedade por quem fosse seu proprietário e, de forma solene, através da *mancipatio* e *in iure cessio*. Acontece que, muitas vezes, na falta dos dois institutos, reconhecia-se, à posse decorrente de certo tempo, uma garantia, a transmissão era por *usus auctoritas*, que era a expressão usada na Lei da XII Tábuas, transformada mais tarde em *usucapio*.¹⁷⁸

Esse contexto de alterações, na aquisição da propriedade, adveio da complexidade social aumentada, uma vez que a terra passou cada vez mais a ser usada como fonte de sustentabilidade e progresso social e econômico. Verifica-se que a aquisição pela usucapião surgiu da necessidade de privilegiar o possuidor direto do bem que dava a destinação adequada ao imóvel, seja ela para moradia, seja para sustentabilidade pela produção. *No direito romano, o usucapião era considerado como um modo aquisitivo do domínio, figurando o tempo como elemento imprescindível. [...] Com o tempo passou-se a exigir uma posse prolongada num justo título e boa fé.*¹⁷⁹ Dessa forma, *o possuidor adquiria o dominium pela permanência na posse de coisa hábil, por certo tempo, acompanhada dos encargos e gravames, por ventura existentes.*¹⁸⁰

Esse direito à usucapião não era possibilitado a todos os cidadãos da época. Constatava-se a injustiça social pelo acesso restrito à propriedade a somente alguns privilegiados pelas expectativas normativas do momento.

Nesse contexto,

¹⁷⁷ GUEDES, Jefferson Carús. *Exceção de usucapião*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 63.

¹⁷⁸ BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. *Usucapião constitucional urbano e rural: função Social da propriedade*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 19-20.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 20.

¹⁸⁰ GUEDES, Jefferson Carús. *Op. cit.*, p. 63.

No direito de Justiniano, o usucapião resulta da fusão de dois institutos da mesma índole, mas com campos diversos de atuação, a *usucapio* e a *longi temporis praescriptio*. *Usucapio* deriva de *capere* (tomar) e de *usus* (uso). Tomar pelo uso. Seu significado original era de posse. A Lei das XII Tábuas estabeleceu que quem possuísse por dois anos um imóvel ou por um ano um móvel tornar-se-ia proprietário. Era modalidade de aquisição do *ius civili*, portanto apenas destinado aos cidadãos romanos.¹⁸¹

Em face da evolução da sociedade, alterou-se o pensamento no que tange à possibilidade de acesso à propriedade de forma privilegiada. Como referido anteriormente, *de início, só podia ser invocada pelo cidadão romano, mas depois estendeu-se o benefício em favor do peregrino. Foi Justiniano quem refundiu inteiramente este instituto, destacando sua dupla face, aquisitiva e extintiva.*¹⁸² Aquisitiva, uma vez que gerava e ainda gera, o acesso à propriedade ao usucapiente pelo decurso do tempo e, extintiva, pois, passado o tempo estabelecido na norma, extingue-se o direito de propriedade do demandado pelo reconhecimento dos requisitos para deferimento da ação de usucapião.

Com a evolução desse instituto, passou a ser usado também como meio de defesa. A chamada *praescriptio* era assim denominada

Porque vinha no cabeçalho de uma fórmula, era modalidade de exceção, meio de defesa, surgindo posteriormente a *usucapio*, no Direito clássico. Quem possuísse um terreno provincial por certo tempo poderia repelir qualquer ameaça a sua propriedade pela *longi temporis praescriptio*. Essa defesa poderia ser utilizada tanto pelos cidadãos romanos como pelos estrangeiros. A prescrição era de 10 anos contra presentes (residentes na mesma cidade) e 20 anos entre ausentes (residentes em cidades diferentes). Nesse período clássico do Direito Romano, conviveram ambos os institutos. No Direito pós-clássico, introduziu-se forma especial de usucapião, a *longissimi temporis praescriptio*, que os juristas modernos assimilaram como usucapião extraordinário. Nessa modalidade, quem possuísse por 40 anos, de boa-fé, mas sem justa causa, poderia defender-se com essa exceção.¹⁸³

Essa possibilidade de usar a usucapião como meio de defesa é assegurada até os dias atuais, tendo-se acentuado o seu uso, face à grande complexidade do mundo atual. Diante dessa realidade, surgiram várias modalidades de usucapião, o que possibilitou, sobremaneira a possibilidade de acesso à propriedade por esse instituto tão importante de

¹⁸¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5. p. 191.

¹⁸² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3. p. 120.

¹⁸³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 191.

efetivação da função social e econômica do imóvel. Cumpre, pois, verificar qual seria o fundamento desse instituto. Para responder a essa interrogação, somente uma análise do assunto. A ele, então.

3.2.1.1 Fundamentos da usucapião

Como comentado, o surgimento da usucapião de imóvel se deu pela necessidade de garantir, primeiramente, a posse exercida sobre a terra pelos cidadãos romanos. A legislação evoluiu, e passou a usar como fundamento à destinação social dada ao imóvel, no sentido de valorizar a utilização adequada da terra, sendo que aquele que abandona seu imóvel, passa a ser desprotegido pela legislação no que tange à manutenção do direito de propriedade. Aquele que ocupa o imóvel abandonado passa a ser beneficiado pela inércia do proprietário em relação a seu imóvel e, passado um lapso temporal previsto na norma, com a união de outros requisitos legais, tem declarado por sentença a sua propriedade sobre o bem. Esse fundamento se baseia na teoria objetiva. *As teorias objetivas fundamentam a usucapião em considerações de utilidade social.*¹⁸⁴ Essa teoria busca dar *segurança e estabilidade à propriedade, bem como consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio.*¹⁸⁵ O segundo objetivo é garantir a manutenção do direito adquirido pelo possuidor que dá a verdadeira destinação ao imóvel. Verifica-se que existe uma preocupação no que se refere à utilização do imóvel, uma vez que, já referido, a propriedade garante, pelo seu uso adequado, a dignidade do cidadão e gera por consequência o melhoramento da economia nacional, passando os cidadãos a terem maior possibilidade de auxílio estatal.

Em outros termos,

A possibilidade de a posse continuada gerar a propriedade justifica-se pelo sentido social e axiológico das coisas. Premia-se aquele que se utiliza utilmente do bem, em detrimento daquele que deixa escoar o tempo, sem dele utilizar-se ou não de insurgindo que outro faça, como se dono fosse. Destarte, não haveria justiça em suprimir-se o uso e gozo de imóvel [...] de quem dele cuidou, produziu ou residiu por longo espaço de tempo, sem oposição [...].¹⁸⁶

¹⁸⁴ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 187.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 04.

¹⁸⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. p.192.

Para alguns, essa forma de aquisição da propriedade é ofensiva, pois acaba beneficiando o espoliador, ou seja, aquele que entra em propriedade alheia e se mantém nela até obter o direito à propriedade por sentença judicial. Analisando-se o contexto social em que está inserido, percebe-se que boa parte da população vive em condições indignas, ou seja, pela má distribuição de riquezas, uma parte da população tem acima do necessário, e a outra parte restante, que é a maioria, tem muito menos do que o necessário para manter uma vida digna. Nesse contexto, esse instituto gera a possibilidade de redução de desigualdade, fomentando a idéia de utilidade responsável do bem de produção. No que tange à exploração da terra, essa atividade pode gerar inúmeros benefícios.

A sociedade precisa de alimentos para sobreviver. Desse fato surge a necessidade de exploração da terra e, automaticamente, a necessidade de mão-de-obra para o exercício de tal atividade. Estando a terra ociosa, o alcance desse objetivo estará sendo distanciado e, em conseqüência, o prejuízo será da própria sociedade. Isso nada mais é do que a função social do imóvel que, por sua vez, também possui uma função econômica. A função social está ligada tanto à moradia, ou seja, o direito à habitação que oportuniza a dignidade do cidadão, como à geração de alimentos e, atualmente, à de empregos, pois, sem mão-de-obra não há produção.

Em função do exposto,

Entendemos que o usucapião não constitui um instituto iníquo. Muito pelo contrário, sem a prescrição, a propriedade seria provisória e reinaria uma incerteza permanente e universal, que teria como conseqüência uma perturbação geral. O fundamento básico realmente é o bem comum.[...] Vê-se, portanto, que o bem comum tem como objetivo a obtenção da prosperidade, dentro da comunidade, surgindo a lei como instrumento dessa realização. Se o bem comum estiver distante, a lei deixa de ser justa. A tendência moderna é de atribuir ao usucapião, considerando a função social da propriedade, um instrumento para prestigiar quem trabalha o bem usucapido, reintegrando-o pela vontade e pela ação nos quadros dos valores efetivos da coletividade. Todo âmbito do direito deve estar voltado para o bem comum, podendo sacrificar-se o bem de determinados indivíduos para que não seja sacrificado o todo social. A razão mais próxima, portanto, para justificar o usucapião esta na circunstância de que o uso [...] da propriedade deve ser conforme as necessidades sociais, não se admitindo o uso socialmente nocivo.¹⁸⁷

O instituto é muito importante, uma vez que possibilita o acesso à terra ao cidadão com condições sociais e econômicas mínimas. Serve, portanto, para afastar a desigualdade

¹⁸⁷ BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. *Usucapião constitucional urbano e rural*. p. 27-28.

social, fruto do patrimonialismo preponderante, que acaba beneficiando sempre a classe economicamente mais forte da sociedade. O alcance da dignidade perpassa pelo acesso a terra, pois, diante do acesso pelo usucapiente, terá ele uma chance de progredir pelas próprias mãos, trabalhando e contribuindo para a melhora social, na medida em que reduz a taxa de pobreza que assola o mundo.

Entretanto, o conceito de pobreza não é unânime da doutrina. Mas o que vem a ser pobreza então?

[...] Os sociólogos e pesquisadores preferem utilizar duas abordagens diferentes para a pobreza: *pobreza absoluta e pobreza relativa*. O conceito de **pobreza absoluta** fundamenta-se na idéia da *subsistência* - as condições básicas que devem ser preenchidas para que se mantenha uma existência fisicamente razoável. Quem carece dessas necessidades fundamentais para existência humana – como alimentos suficientes, abrigo e roupas – é classificado como um indivíduo que vive na pobreza. O conceito de pobreza absoluta é visto como universalmente aplicável. Acredita-se que os padrões de subsistência humana sejam mais ou menos iguais para todas as pessoas que tiverem idade e porte físico equivalentes, independente de onde morem. Pode-se dizer que qualquer indivíduo que se enquadre nesse padrão universal, em qualquer parte do mundo, vive na pobreza. Porém, nem todos aceitam a idéia de que um tal padrão possa ser identificado. De acordo com essas pessoas, seria mais apropriado em pregar o conceito de **pobreza relativa**, o qual relaciona a pobreza ao padrão de vida geral predominante em uma sociedade específica. Os defensores do conceito de pobreza relativa acreditam que a pobreza seja definida culturalmente, não devendo ser medida segundo um padrão universal de privação.¹⁸⁸ (grifos do autor)

Dentre as visões apresentadas, entende-se que a segunda deva ser aplicada para verificar os índices de pobreza, considerando-se que o Estado deve-se preocupar com a redução gradativa dessa situação.

Diante dessas considerações acerca do fundamento da usucapião, passa-se ao comentário da possibilidade ou não de usucapir terras devolutas.

3.2.1.2 Coisas usucapíveis: (im)possibilidade de usucapir terras devolutas

A possibilidade de usucapir terras devolutas não é algo unânime na doutrina. *Em sentido geral, não podem ser objetos de prescrição aquisitiva: a) as coisas fora do comércio; b) os bens públicos, quer sejam eles de uso comum, especial ou dominical; c) os*

¹⁸⁸ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de: Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005. p. 255-256.

*inalienáveis por sua própria natureza.*¹⁸⁹ Dentre esses bens, para uns, encontram-se as terras devolutas. No entanto, o que são terras devolutas?

Pode-se definir as terras devolutas como sendo as que, dada a origem pública da propriedade fundiária no Brasil, pertencem ao Estado sem estarem aplicadas a qualquer uso público porque nem foram trespassadas do Poder Público aos particulares, ou, se o foram, caíram em comisso, nem se integram ao domínio privado por algum título reconhecido como legítimo.¹⁹⁰

O termo devoluto não é novo, *significava, nas suas origens, aquilo que tornou, que voltou, ou foi devolvido.*¹⁹¹ As terras devolutas nasceram na época das sesmarias. Naquela época, eram doadas terras aos sesmeiros que tinham a obrigação de cultivá-las, portanto, não podiam deixá-las ociosas. Em não se cumprindo a função, eram-lhe retiradas as terras, as quais passavam a ser denominadas devolutas, por sua devolução ao proprietário anterior, ou seja, à Coroa. Tais doações feitas pela Coroa visavam a beneficiar as classes privilegiadas da sociedade, fazendo com que aqueles que recebiam as doações, passassem a desfrutar da doação de latifúndios, grandes lotes de terras sem a destinação adequada.

Em função dessa devolução de terras à Coroa, ocasionava-se o descontrole do uso dessa terra, e, assim, começava a invasão das mesmas por posseiros, que as ocupavam e as exploravam. Diante desses problemas ocasionados pelo regime das sesmarias, ou seja, pela não-destinação adequada das terras doadas, conjuntamente com propagação de posseiros sobre estas terras, buscou-se a extinção do regime sesmarial.

A Resolução n.º 76, de 17 de julho de 1822, suspendendo todas as sesmarias futuras até a convocação de Assembléia Geral Constituinte [...], ficando expresso no texto da resolução, que o regime de concessões sucumbia à ocupação primária [...]. Essa ocupação devia consubstanciar-se em posse efetiva, cultivo da terra e morada habitual, relativamente à pequena gleba, ao contrário das concessões sesmarias, de caráter latifundiário beneficiadoras de pessoas influentes e poderosas.¹⁹²

Após essa resolução, veio a Lei de Terras, que definia o que eram terras devolutas, impedindo a aquisição delas, senão por meio de compra. Esse ato estabelecia que não eram devolutas as terras que fossem objeto de posse, com morada habitual e cultivo. Com isso,

¹⁸⁹ BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. *Usucapião constitucional urbano e rural*. p. 75.

¹⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 851.

¹⁹¹ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. p. 510.

¹⁹² RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. p. 511.

conclui-se que as terras não-devolvidas à Coroa e com essas características não eram denominadas devolutas e, portanto, face à exploração continuada, o seu domínio podia ser reconhecido por usucapião. O art. 39 da referida lei estabelecia:

Art.39- São terras devolutas:

§1.º- As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal.

§2.º- As que não se acharem no domínio particular, por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de mediação, confirmação e cultura.

§3.º- As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta lei.

§4.º- As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título geral, forem legitimadas por esta lei.

Analisando-se o teor da lei no que se refere à situação de posses sobre as terras devolutas na época, essa era de preocupação estatal, uma vez que o Estado buscava respeitar a destinação dada à terra doada em sesmarias, ou seja, aquela que foi autorizada a sua posse pelo Governo da época. Logo após, com a Constituição de 1890, estabeleceu-se novo conceito de terras devolutas, ficando para a União somente as terras necessárias para defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais, as demais, passaram ao domínio dos Estados, em cujo território estivessem as mesmas situadas.¹⁹³

Desse contexto legal, chega-se à conclusão de que, desde o princípio, o Estado buscava manter as terras devolutas que fossem necessárias para o desenvolvimento das atividades estatais, incluindo nas mesmas a defesa do território nacional. Por outro lado, terras em que o Estado não detinha a posse direta, e que não se enquadravam dentre as terras necessárias para o cumprimento de suas metas governamentais, podiam ser exploradas por particulares, e o exercício de suas posses, em tese, não sofreria intervenção estatal.

Face ao aumento da complexidade social surgida nessa época e, com o objetivo de redução dessa complexidade, em 1981, foi editada a lei 6.969. A nova lei dispunha sobre a aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais e, no seu art. 1.º, estabelecia as condições para tal aquisição. Já no seu art. 2.º, incluía nos bens passíveis de usucapião, as

¹⁹³ PEREIRA, José Edgard Penna Amorim. Terras devolutas. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Orgs.). *O Direito Agrário na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 54.

terras devolutas. No art. 3.º, impedia a usucapião das terras destinadas à segurança nacional, nas terras habitadas pelos silvícolas e as de interesse ecológico, possibilitando, em se tratando de terras devolutas, o objeto da usucapião, que fosse reconhecido o direito de propriedade administrativamente pelo cumprimento dos requisitos desse instituto, expedindo o título de domínio ao particular para registro no cartório competente.

O contexto dessa lei é muito importante para a solução da pergunta aqui formulada. O seu art. 1.º estabelecia que:

Art. 1º - Todo aquele que não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área rural contínua, não excedente à 25 (vinte e cinco) hectares, e a houver tornado produtiva com seu trabalho e nela estiver sua morada, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de justo título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis.

Parágrafo único. Prevalecerá a área do módulo rural aplicável à espécie, na forma da legislação específica, se aquele for superior a 25 (vinte e cinco) hectares.

Analisando-se o teor do artigo em questão, percebe-se que o objetivo do legislador era deixar explícito que a finalidade social das terras deveria ser respeitada pelo posseiro, ou seja, para concessão da usucapião da terra devoluta, era necessário que a posse fosse posse-trabalho, conjuntamente com a posse-moradia. O art. 2.º estabelecia que

Art. 2º - A usucapião especial, a que se refere esta Lei, abrange as terras particulares e as terras devolutas, em geral, sem prejuízo de outros direitos conferidos ao posseiro, pelo Estatuto da Terra ou pelas leis que dispõem sobre processo discriminatório de terras devolutas.

No entanto, na Constituição Federal de 1988, inseriu-se pelo legislador no parágrafo único do art.191 a impossibilidade de se usucapir terras públicas. Diante desse dispositivo legal, indaga-se a possibilidade de usucapir terras devolutas, uma vez que parte da doutrina entende que tais terras estão compreendidas entre os bens públicos. O art. 188 da Constituição Federal de 1988 estabelece que a *destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária*. Verifica-se que, no contexto do artigo mencionado, existe uma bipartição entre as terras

públicas e as devolutas, permitindo o entendimento de que as devolutas não fazem parte das terras públicas ou possuem alguma característica que as diferenciam das públicas.

Entende-se que algumas espécies de terras devolutas podem ser objeto de usucapião. Essas terras seriam as que não tivessem qualquer destinação de posse, não se enquadrando nas terras necessárias para defesa do território nacional e nem para manutenção do equilíbrio ecológico, ou para outra destinação pública. Fundamenta-se essa decisão em decorrência da não observância do princípio da função social da propriedade, indo de encontro aos objetivos da reforma agrária, formulados para a implementação dos direitos fundamentais e, por conseqüência, do alcance do princípio fundamental da dignidade humana, que é base de qualquer Estado.

Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade [...].¹⁹⁴

Não se pode olvidar que um dos objetivos da Carta Constitucional, elencado no seu art. 3.º, III, é o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais. Com a análise desse prisma constitucional, verifica-se que a redução da desigualdade pode ser perfectibilizada pelo acesso à propriedade. Rousseau já comentava que o primeiro progresso da desigualdade foi a propriedade. Nas palavras do autor, *A invenção da propriedade suscita, de um lado, a existência da primeira grande desigualdade, a que separa os ricos dos pobres e, de outro lado, a formação das primeiras sociedades civis, baseadas em leis.*¹⁹⁵ Verifica-se a verdade nas suas palavras, pois, pela existência desse direito, iniciam-se as diferenças sociais e, como demonstrado ao longo do presente trabalho, o acesso a esse direito nunca foi proporcionado de forma justa e igualitária. No entanto, com o surgimento desse direito e, em virtude do poder econômico

¹⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. p. 47.

¹⁹⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens: discurso sobre as ciências e as artes*. Tradução de: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1999. p. 22.

representado pelo próprio Direito, a sociedade passou a depender cada vez mais desse meio de produção. Não havia, portanto, como chegar à inclusão social dos esquecidos pela sociedade sem o controle adequado da propriedade.

Ressalta-se que

Enquanto os homens [...] só se dedicaram as obras que um único homem podia criar, e a artes que não solicitavam o concurso de várias mãos, viveram tão livres, sadios, bons e felizes quanto o poderiam ser por sua natureza, e continuaram a gozar entre si das doçuras de um comércio independente; mas, desde o instante em que o homem sentiu necessidade do socorro de outro, desde que se percebeu ser útil a um só contar com provisões para dois, desapareceu a igualdade, introduziu-se a propriedade, o trabalho tornou-se necessário e as vastas florestas transformaram-se em campos aprazíveis que se impôs regar com o suor dos homens e nos quais logo se viu a escravidão e a miséria germinarem e crescerem com as colheitas.¹⁹⁶

Em relação ao mandamento constitucional mencionado anteriormente, ou seja, o estabelecido no art. 188 da CF, entende-se que, face ao contido no mesmo, além de gerar a diferenciação do conceito de terras devolutas e terras públicas¹⁹⁷, estabelece que os destinos das terras mencionados devem ser compatibilizados com o Plano Nacional de Reforma Agrária. Nesse diapasão, ao se analisar o objetivo da reforma agrária, qual seja, o da redução da desigualdade pela redistribuição da terra, chega-se à conclusão de que, face ao contido no artigo citado, a possibilidade de usucapir esses bens estaria concretizada. Outro fato a ser observado, em se aceitando essa hipótese de usucapião, estar-se-á criando uma nova estrutura de redução da complexidade social no que tange ao acesso à propriedade e, por consequência, estar-se-á contribuindo para o alcance dos objetivos fundamentais da Carta Magna.

¹⁹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. p. 94.

¹⁹⁷ Nascimento defende que existe a diferenciação entre terras públicas e devolutas. *A interpretação deve obedecer, inicialmente, a um critério sistêmico, o texto constitucional visto como um todo, porque idéias passadas devem ser repensadas diante da nova Carta Magna. [...] Se a terra devoluta é imóvel público, porque e qual o sentido da expressão terras públicas e devolutas? Se terras devolutas são públicas, não basta dizer terras públicas, sendo desnecessário e devolutas? A expressão da regra constitucional permite uma primeira idéia. Pelo menos no art. 188, do mesmo Capítulo de que faz parte o art. 191, que trata do usucapião especial rural, terras devolutas e terras públicas tem natureza jurídica diferente, não sendo a dessemelhança somente a de grau.* NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Usucapião*. p. 35.

Em se aceitando, portanto, a usucapião de terras devolutas, em qual espécie de usucapião se enquadraria tal possibilidade? É do entendimento deste autor que deveria ser mantida a espécie abordada na Lei 6.969/81, ou seja, estabelecer-se como requisitos o tempo de 5 anos; o *animus domini*; a posse com moradia e o trabalho efetivo na propriedade rural sem oposição e nem interrupção, além da condição de o usucapiente não ser proprietário de nenhum outro imóvel. No entanto, em se tratando de mensurar a área passível de usucapião, entende-se que, face aos objetivos da reforma agrária elencados no art. 16 do Estatuto da Terra, ou seja, de extinção gradativa do minifúndio e do latifúndio, seria passível de usucapião de terras devolutas, somente as terras com áreas iguais a um módulo rural, como a área da propriedade familiar necessária e suficiente para garantir a inclusão social do usucapiente na exploração da propriedade, garantida pelo domínio declarado na ação de usucapião.

Portanto, analisando-se sistemicamente a possibilidade de usucapir terras devolutas, em face da complexidade social do momento, percebe-se que se está estudando mais uma possibilidade de garantir a dignidade humana pelo acesso à propriedade, reduzindo-se, assim, a complexidade social. Essa nova forma de redução das desigualdades sociais somente pode ser alcançada mediante a judicização da Constituição. No entanto, para que isso ocorra, primordial que se propague a vontade de Constituição.

Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que esta ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos. [...] Assenta-se também na consciência de que, ao contrário de que se dá com uma lei, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana.¹⁹⁸

Portanto, diante do alto índice de pobreza ocasionada pela falta de oportunidade, e pela necessidade de buscar a efetivação do princípio da dignidade humana, pilar de sustentação da nossa Constituição brasileira, devem os membros do Judiciário analisar a possibilidade de deferir a usucapião de terras devolutas sob o prisma social e constitucional. Isso faz com que as expectativas normativas em relação à propriedade não

¹⁹⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19-20.

se frustrarem, uma vez que pode estar aí o começo da solução da falta de distribuição de rendas que assola este país.

A segunda forma de acesso à propriedade é a desapropriação. Para tanto, o enfoque neste trabalho recairá apenas na desapropriação para fins de interesse social, visto que o objetivo aqui é analisar as formas de acesso à propriedade, especialmente, a rural.

3.2.2 O acesso à propriedade através da desapropriação

Como já mencionado, o Estatuto, em seu art. 16, estabelece o que seja reforma agrária, e logo após, em seu art. 17, indica os meios pelos quais poderá se perfectibilizar o acesso à propriedade rural. Dentre os meios de acesso, estão as diversas espécies de desapropriação. Dessas, abordar-se-á a desapropriação por interesse social. Para tanto, primeiramente, cabe o seguinte questionamento: o que vem a ser desapropriação? *Desapropriação é a atuação da vontade do Estado, consistente na retirada de um bem de um patrimônio, em atendimento do interesse público, mediante indenização.*¹⁹⁹

Diante do conceito apontado, verifica-se que a desapropriação consiste no modo de retirar do domínio particular a sua propriedade, mediante indenização.²⁰⁰ Esse ato requer como fundamentação o interesse público, que, por sua vez, divide-se em necessidade pública, utilidade pública e interesse social. No que tange à terceira espécie de desapropriação, busca-se definir o conceito de interesse social, uma vez que a Constituição não apresenta explicitamente sua conceituação. Todavia, uma análise pormenorizada dos objetivos da ação de desapropriação pode conduzir a uma conclusão sobre o assunto. Esses objetivos estão estabelecidos no art. 18 do Estatuto, veja-se:

- Art. 18-A desapropriação por interesse social tem por fim:
- a)condicionar o uso da terra à sua função social;
 - b)promover a justa e adequada distribuição da terra;
 - c)obrigar a exploração racional da terra;
 - d)permitir a recuperação social e econômica das regiões;
 - e)estimular pesquisas pioneiras, experimentação, demonstração de assistência técnica;

¹⁹⁹ ALBUQUERQUE, Marcos Prado de. Desapropriação por interesse social. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Orgs.). *O Direito Agrário na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 162.

²⁰⁰ Streck questiona algumas decisões sobre o *quantum* indenizatório pago no processo desapropriatório. STRECK, Lenio Luiz. E que o Texto Constitucional não se transforme em um latifúndio improdutivo... – uma crítica à ineficácia do Direito. IN: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 187-188.

- f) efetuar obras de renovação, melhoria e valorização dos recursos naturais;
- g) incrementar a eletrificação e industrialização no meio rural;
- h) facultar a criação de áreas de proteção à fauna, à flora ou a outros recursos naturais, a fim de preservá-los de atividades predatórias.

Percebe-se, analisando os objetivos acima elencados, que o legislador busca reduzir a complexidade social com a utilização desse normativo, garantindo o acesso a esse direito por intermédio da nova estrutura legal por ele criada. E mais, pelos objetivos, verifica-se que o conceito de interesse social está diretamente ligado ao cumprimento da função social.

[...] desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária é a atuação da vontade do Estado, mediante indenização, consistente na retirada de bem de um patrimônio, em atendimento à composição, apaziguamento, previdência e prevenção de impostos por circunstâncias que exigem o cumprimento de um conjunto de medidas que visem a melhor distribuição da terra, capaz de promover a justiça social, o progresso e bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento econômico do País, com gradual extinção do minifúndio e do latifúndio.²⁰¹

Se o proprietário da terra não estiver exercendo esse direito com observância do princípio constitucional apontado, estará ele descumprindo a finalidade social da terra, e, autorizando, por consequência, a ação de desapropriação por interesse social, que é um dos modos de acesso à propriedade. Busca, com isso, a efetivação do princípio fundamental da igualdade *não somente formal, mas sim a igualdade material, que exige ação do Estado no sentido de transformar a realidade social.*²⁰² Deve ser observado que o imóvel, objeto dessa desapropriação é o rural, sendo que, para tanto, deverá ser usado o critério da destinação para caracterizar o imóvel como rural ou urbano, podendo, portanto, ser desapropriado o imóvel que esteja localizado em zona urbana.

No entanto, cumpre salientar que somente são objetos de desapropriação os latifúndios e as demais propriedades rurais que não estiverem cumprindo a função social. A média e a pequena propriedade, somente serão incluídas se o seu proprietário possuir outro imóvel em seu nome, já que o objetivo é criar cada vez mais propriedades familiares

²⁰¹ ALBUQUERQUE, Marcos Prado de. Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. p. 166.

²⁰² CHERMERIS, Ivan. *A função social da propriedade*. p. 48.

e empresas rurais, garantido a melhor distribuição das terras para a população. Em relação à média e à pequena propriedades rurais, entende-se que exista uma falha na lei. O lapso ocorreu quando impede a desapropriação desses bens em sendo os únicos dos proprietários, por possibilitar que a função social nos imóveis rurais não seja observada, gerando, por consequência, um prejuízo para a própria sociedade, considerando que a função social no Estado social e democrático de Direito é um imperativo dos princípios da igualdade e justiça e de dignidade da pessoa humana, constante do art. 1.º, III da Carta Magna de 1988. No que tange ao latifúndio por extensão, entende-se, nessa mesma linha, que devem ser alteradas as normas pertinentes à matéria que, no seu contexto, não permitem ao imóvel ser objeto de desapropriação, quando qualificado como produtivo. Menções anteriores dão conta de que um dos objetivos da norma constitucional é justamente a distribuição de riquezas e, juntamente com esse objetivo, tem-se o da reforma agrária, que é a extinção gradativa do minifúndio e do latifúndio. Portanto, a impossibilidade de desapropriação do imóvel com essa característica viola, não só o objetivo da Carta maior como também as intenções da reforma agrária.

Deve-se observar que esse meio de acesso à propriedade propõe a inclusão social, ao possibilitar, diante dos requisitos elencados na norma, que pessoas excluídas socialmente tenham direito a um pedaço de terra para proverem o seu sustento e o de sua família. Logo, deve ser revista a norma no que tange à proposta.

A forma de concretizar a desapropriação esta estabelecida no art. 19 do Estatuto, que determina o seguinte: *A desapropriação far-se-á na forma prevista na Constituição Federal, obedecidas as normas constantes da presente Lei.*

A Constituição Federal, para tanto, no Capítulo III, Título VII, no art. 184, estabeleceu a competência da União para perfectibilizar esta desapropriação.

Posteriormente, a Lei 8.629/93 veio regulamentar esse dispositivo legal, descrevendo essa regulamentação no seu art. 1.º: *Esta Lei regulamenta e disciplina disposições relativas à reforma agrária, previstas no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal.*

A necessidade de cumprimento da função social da propriedade foi descrita no seu art. 2.º: *A propriedade rural que não cumprir a sua função social prevista no art. 9.º é passível de desapropriação, nos termos desta lei, respeitando os dispositivos constitucionais.*

Para que essa desapropriação venha a ocorrer, necessário se faz provar que a propriedade não esta sendo explorada de acordo com os anseios sociais, ou seja, não esta cumprindo a função social. Um dos requisitos para cumprimento dessa função é o alcance de níveis satisfatórios de produtividade, sendo que a descrição de propriedade produtiva e os requisitos para o alcance dessa qualidade estão no art. 6.º da Lei.

Art. 6.º- Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente.

§ 1.º- O grau de utilização da terra, para o efeito do caput deste artigo, deverá ser igual ou superior a 80%(oitenta por cento), calculado pela relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável do imóvel.

§ 2.º- O grau de eficiência na exploração da terra deverá ser igual ou superior a 100% (cem por cento), e será obtido de acordo com a seguinte sistemática:

I- para os produtos vegetais, divide-se a quantia colhida de cada produto pelos respectivos índices de rendimento estabelecidos pelo órgão federal competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea;

II- para a exploração pecuária, divide-se o número total de Unidades Animais (UA) do rebanho, pelo índice de lotação estabelecido pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea;

III- a soma dos resultados obtidos na forma dos incisos I e II deste artigo, dividida pela área efetivamente utilizada e multiplicada por 100 (cem), determina o grau de eficiência na exploração. [...].

A desapropriação se inicia por uma análise do INCRA nos imóveis rurais, em cuja pesquisa se buscam elementos que venham a provar que o imóvel não está cumprindo a sua função social. Esse procedimento foi regulamentado pelo Decreto n.º 2.250 de 01 de junho de 1997, que estabelece, no seu art. 2.º, que a realização de vistoria será comunicada anteriormente à entidade representativa dos trabalhadores rurais e das classes produtoras, a fim de que cada entidade possa indicar um representante técnico para acompanhar o levantamento de dados e informações. Já, em seu art. 3.º estabelece que os laudos de vistoria, bem como as atualizações cadastrais resultantes, serão comunicados ao proprietário rural, que poderá exercer, no prazo de 15 dias, direito de manifestação. Após esse procedimento, publica-se o decreto de desapropriação, e terá o governo o prazo de dois anos para promover a ação de desapropriação, com rito sumário.

O procedimento da desapropriação por interesse social veio regulamentado na Lei Complementar n.º 76 de 06 de julho de 1993, que estabeleceu o seu art. 1.º que o

procedimento judicial para desapropriação obedecerá o contraditório especial, de rito sumário, previsto no teor dessa lei.

Terminado o litígio, após o registro da sentença, conforme o art. 16 da Lei 8.629/93, o órgão expropriante terá o prazo de três anos para destinar a área expropriada para a os beneficiários da reforma agrária.

Após o assentamento desses beneficiários, através de orçamento do governo, criam-se meios de incentivo para que o assentado possa manter-se no imóvel, desenvolvendo ali, atividades agrárias, com ajuda do grupo familiar.

A inclusão social pelo acesso à propriedade se dá neste momento pela desapropriação, uma vez que, após o ato de desapropriação, o cidadão excluído passa a ter a chance de trabalhar pelo seu sustento, com o objetivo de progredir socialmente. Fato contínuo, com a evolução econômica, poderá o cidadão alcançar, conseqüentemente, a evolução cultural, buscando uma educação qualificada tanto para si como para o conjunto familiar. Tem, assim, garantido o direito à vida, esculpido constitucionalmente, não o direito à vida miserável advinda da exclusão social, mas sim, o direito à vida digna, propiciada por moradia, alimentação, educação e demais direitos inerentes à condição de ser humano. Assim, *a satisfação desses direitos, todavia, passa pela justa distribuição da terra. Vale dizer, passa pela correção das distorções do sistema fundiário pátrio, conformado num quadro cuja moldura não contempla harmonia.*²⁰³

Destarte, a desapropriação foi uma grande conquista social diante da situação fundiária brasileira, pois sem essa possibilidade de redistribuição da terra e de acesso à propriedade pelos excluídos socialmente, ou seja, de redução da complexidade social, o direito à vida digna dessa classe prejudicada tardaria. Deve ser considerado, ainda, que prevalece, no que tange ao cidadão, a concepção individual da propriedade, sem a preocupação com os demais integrantes da sociedade, que acabam sofrendo pelo uso irresponsável e restrito da mesma. Portanto, o acesso à propriedade pela desapropriação deve prevalecer e aperfeiçoar-se para garantir cada vez mais a redução da pobreza nacional ocasionada pela falta de inclusão social.

No próximo tópico, dar-se-á enfoque à nova forma de acesso à propriedade e, portanto, de inclusão social, ou seja, a posse legitimada pelas decisões judiciais nas ações possessórias.

²⁰³ MARQUES, Benedito Ferreira. Justiça agrária, cidadania e inclusão social. p. 108.

3.2.3 O acesso à propriedade pelas decisões nas ações possessórias

A terceira forma de acesso à propriedade, que será abordada neste capítulo, é a proporcionada por meio das decisões proferidas nas ações possessórias, e, em seu contexto, o tópico será a (im)possibilidade de deferimento da liminar na Ação de Reintegração de posse. Para tanto, necessário se faz entender o conceito de ações possessórias, sendo primordial a compreensão anterior do que seja, portanto, a posse, ou mesmo, dos requisitos necessários para a sua existência. A teoria adotada pelo Direito brasileiro, ou seja, a teoria objetiva, cujo autor é Ihering, descreve que, para se ter posse, tem que haver a conjugação de dois elementos: o *corpus* e o *animus*. O primeiro, é a detenção física sobre o bem; o segundo, é a intenção de tê-lo ou mesmo, de tratá-lo como se fosse seu proprietário.²⁰⁴ Este último elemento, por essa teoria, estaria implícito naquele. Entretanto, o que vem a ser a posse?

Pode ser definida como conjunto de atos visíveis e externos, correspondentes à apropriação física, acompanhados de intenções psicológicas, capazes de produzir efeitos jurídicos previstos e protegidos pelo ordenamento, variáveis conforme a intensidade e a natureza dos elementos apontados.²⁰⁵

A posse acima definida somente pode ser mantida, mediante a observância dos requisitos constitucionais e infraconstitucionais pertinentes ao seu exercício. Pode ser originária de relação contratual, quando o possuidor legal passa a posse direta sobre o bem a terceiro, como pode advir de contrato de comodato, de locação, entre outros, ou mesmo, advir de mera ocupação.

Como um dos efeitos possessórios, o legislador criou as ações possessórias, possibilitando a defesa desse direito da intervenção indevida de terceiros. A finalidade de existência das ações possessórias pode ser sustentada pelas teorias funcionalistas.

Cabe ressaltar que,

²⁰⁴ RIZZARDO, Arnaldo *Direito das Coisas*. p. 17.

²⁰⁵ GUEDES, Jefferson Carús. *Exceção de usucapião*. p. 111.

desde sempre, os autores funcionalistas, Parsons e Bredemeier em particular, atribuíram ao direito a função de integração social. Isso implica a adoção do pressuposto inicial de toda teoria funcionalista, como o equilíbrio do sistema social (ordem e paz social). O direito contribui para se atingir este equilíbrio, controlando, integrando ou arrefecendo os conflitos sociais e os desequilíbrios. O direito é, de acordo com Parsons, um dos subsistemas sociais a que se dá a função de integração social, assim como a tarefa de gerar e de exercer os meios de controle social pelos quais se comunicam aos usuários do sistema as regras de comportamento que devem ser seguidas. Na base dessas concepções funcionalistas, o direito se constitui no mais poderoso meio de controle social, o que significa ser o meio mais eficaz para integrar, para regular e para determinar o comportamento social.²⁰⁶

Essa teoria busca encontrar, portanto, os comportamentos desviados do ser social procedentes da falha no processo de socialização. Por sua vez, são essas falhas, ou seja, a recepção interna do indivíduo dos regramentos de conduta, que geram os conflitos sociais. Porém, entende-se, de acordo com a teoria sistêmica, que o Direito é subsistema social diferenciado, criado para a redução da complexidade social, sendo que o conflito não conseguirá jamais ser eliminado, mas através das estruturas, pode vir a ser reduzido o seu índice.

Essas estruturas são efetuadas também através do sistema político que busca criá-las de uma maneira que alcance o seu objetivo geral sem pessoalização da estrutura. *Em sociedades modernas com elevado grau de diferenciação funcional, o sistema político codifica e generaliza simbolicamente o poder, na forma de um meio específico de comunicação.*²⁰⁷

Para tanto, se as estruturas não forem criadas, a complexidade se elevará, gerando o aumento da conduta desviada, fato perceptível nas palavras de Luhmann. Veja-se:

Toda convivência humana é direta ou indiretamente cunhada pelo direito. Como no caso do saber, o direito é um fato social em que tudo se insinua, e do qual é impossível de abstrair. Sem o direito, nenhuma esfera da vida encontra um ordenamento social duradouro [...]. A convivência social sempre esta pré-sujeitada a regras normativas que excluem outros possíveis ordenamentos, e que pretendem ser impositivos, de forma suficientemente efetiva. Sempre é imprescindível um mínimo de orientação através do direito, se bem que possam variar o grau de

²⁰⁶ ARNAUD, André Jean; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. p. 145.

²⁰⁷ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Estado e Direito como sistemas autopoiéticos: uma abordagem da Teoria de Sistemas de Niklas Luhmann. In: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de (Orgs.). *Ernesto Laclau e Niklas Luhmann: pós-fundacionalismo, abordagem sistêmica e as organizações sociais*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p. 134.

explicitação das normas do direito, e sua efetividade em termos de determinação comportamental.²⁰⁸

Estabeleceu a doutrina quais são essas ações possessórias e, em que situações podem ser usadas uma ou outra dessas ações. Parte da doutrina entende que as ações possessórias seriam a manutenção de posse; a reintegração de posse e, o interdito proibitório, sendo que a primeira seria utilizada para combater a turbação de posse; a segunda, para recuperar a posse perdida por esbulho e, a terceira, de caráter preventivo, seria para impedir a efetivação da turbação ou do esbulho.²⁰⁹

Após a análise do conceito de posse, bem como de seus elementos e, finalmente, das ações possessórias existentes, cumpre a abordar a judicização da Constituição através da ação possessória, verificando-se a observância dos requisitos constitucionais para deferimento da ação de reintegração de posse e, após, a (im)possibilidade da liminar no decorrer da ação.

3.2.3.1 Da observância dos requisitos constitucionais na ação de reintegração de posse

No Código de Processo Civil, estão elencados os procedimentos possessórios, bem como os requisitos necessários para o deferimento da ação possessória movida em desfavor do violador da posse. Nele, também, foram estabelecidos os requisitos processuais, em seu artigo 927. Veja-se:

Art. 927- Incumbe ao autor provar:
 I - a sua posse;
 II - a turbação ou esbulho praticado pelo réu;
 III - a data da turbação ou do esbulho;
 IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse na ação de reintegração.

Além desses requisitos processuais elencados no artigo acima mencionado, deviam ser observados, ainda, os ditames constitucionais para análise do conflito.

É insuficiente a Constituição escrita ou textual, posta como consolidação de dispositivos pelo poder constituinte, para que tenha validade e eficácia no seu papel de regular as relações políticas e sociais, impondo aos agentes a conduta exigida pela norma. A Constituição existe, mas só é válida e eficaz se realizada [...].²¹⁰

²⁰⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. p. 07.

²⁰⁹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. p. 98-104.

²¹⁰ SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 63.

Nesse sentido, dever-se-ia inserir o requisito constitucional para qualquer análise de disputa possessória. *Os procedimentos de ações possessórias [...] que sempre foram utilizados nas questões de disputas de terras, devem ser agora aplicados, conjugados com o dever de função social da propriedade.*²¹¹ Dessa maneira, e na esteira do que afirma Luhmann²¹², tem-se que a opção da fundamentação constitucional não incrementa complexidade. Ao contrário, diminui-a, uma vez que a Constituição é premissa decisória para resolução de expectativas normativas, sendo essa uma estrutura criada para atingir o objetivo.²¹³ No entanto, analisando-se as decisões tomadas nessas ações, após a Constituição de 1988, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, verifica-se a inobservância dos preceitos constitucionais pela maioria dos julgados. Observe-se:

Ementa: Apelação Cível. Reintegração de posse. Requisitos do Art. 927 do CPC demonstrados. Evidenciados, pelo autor, os requisitos essenciais a propositura da Ação Possessória, impõe-se o acolhimento da pretensão reintegratória. Alegação de inversão do caráter da posse que não restou demonstrado. Comodato inicial caracterizado. Notificação dos réus a restituir o imóvel. Esbulho caracterizado na intenção de não restituição do bem. Ônus de sucumbência invertidos. Apelação provida.²¹⁴

Percebe-se que o Judiciário, através de sua autonomia decisional, buscou a solução da lide apenas pelo procedimentalismo da ação. O Judiciário é o Poder que tem maior autonomia e, entendemos, que deva ser o mais liberto para exercer suas funções.²¹⁵ Diante da sociedade complexa atual, em face da mutação das relações sociais, necessitando novas decisões para redução da complexidade apresentada, o Judiciário deve efetivar a norma de maneira que atinja o objetivo mencionado. No entanto, essa liberdade de decisão, que tem em sua base a autorização tácita pela sua autonomia, não pode ser encarada de maneira a se

²¹¹ CHEMERIS, Ivan. *A função social da propriedade*. p. 78.

²¹² *As decisões do sistema jurídico devem ser fundamentadas. No mínimo devem ser associadas [a seguinte máxima]: “porque isto è de direito” (“weil es so rechtens ist”)* LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir. (Orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 74.

²¹³ Para maiores esclarecimentos, consultar NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 99.

²¹⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível n. 70015999931. Relator: José Aquino Flores de Camargo. Porto Alegre, 26 de julho de 2006. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 20 jan. 2007.

²¹⁵ Em apoio consulte-se GERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna*. p.79.

chegar à liberdade irresponsável do ato decisório, pelo fato de o efeito da decisão ser sistêmico, pois

El concepto de proceso indica una secuencia de acontecimientos [...] temporalmente irreversible. Los procesos se basan en una doble selección de posibilidades operativas: primero se da una selección que limita la gama de eventos que pueden surgir en cada evento particular del proceso. En la situación completa, en la cual se realiza el proceso, acontece la segunda selección (definitiva), que establece cuál evento puede ser actualizado.²¹⁶

O Judiciário deve apenas, diante da demora no procedimento legislativo para regular os atos sociais, restabelecer a ordem social, reduzindo os conflitos sociais pela transformação do legislado, através da decisão. No entanto, como se pode perceber, com a nova decisão inframencionada, não tem o Judiciário decidido de maneira a efetivar os mandamentos constitucionais, gerando, por consequência através de sua decisão, um aumento da complexidade social pela não observância do requisito constitucional.

Percebe-se, em alguns casos, que a decisão dos tribunais vem a ser política, buscando a sustentação do patrimonialismo existente no país em detrimento dos direitos fundamentais que servem para a busca da sociedade mais livre, justa e igualitária. Essas decisões acabam sendo tomadas em função da manutenção do poder dos proprietários de bens integrantes da sociedade. Essa conduta deve ser revista.

[...] A especificidade do direito reside em proteger quem espera um comportamento conforme à norma. Isso é importante para a cidadania, para a democracia e para a política. Mas não implica confusão ou redução do direito à política. Para garantir expectativas que não se ajustam às desilusões, compete aos tribunais exercer papel de afirmar o direito, não confirmar o poder. Para isso, devem estar protegidos contra pressões que procuram enfraquecer suas estruturas ou que tentam processar questões que não se amoldam a técnica jurídica. [...]²¹⁷

Para comprovação dessa violação da liberdade de decisão, veja-se novamente a Jurisprudência:

²¹⁶ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la Teoria Social de Niklas Luhmann*. Barcelona: Antrthros; México: ITESO, 1996. p. 131.

²¹⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 97-98.

Ementa: Apelação cível. Posse (bens imóveis). Ação de Reintegração de posse. Exercício possessório da parte autora e esbulho perpetrado pelos réus não demonstrados. Demanda improcedente. Não demonstrada a posse anterior da parte autora, e a perda desta por esbulho perpetrado pelos réus, impõe-se o julgamento de improcedência da ação possessória. Hipótese em que não restaram preenchidos os requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil. Necessidade de ser dirimida a dúvida sobre a delimitação de cada área mediante a competente ação de divisão e demarcação, a fim de que sejam estabelecidas as delimitações de cada quinhão e extinto o condomínio existente. Discussão sobre domínio que refoge dos limites objetivos dos interditos possessórios. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.²¹⁸

Percebe-se, na análise dos julgados acima colacionados, que o requisito da função social da propriedade não foi sequer mencionado, nos processos citados, para deferimento da demanda possessória, desrespeitando-se, por conseqüência, a supremacia da Carta Magna brasileira.²¹⁹ O que não foi abandonada nesse contexto é a visão do Estado Liberal do Direito, que analisava a propriedade como um direito absoluto que não poderia sofrer intervenções na sua execução. Essa análise deve ser alterada para uma visão restritiva²²⁰ do direito de propriedade, que determina que o mesmo direito não pode ser mais exercido sem a observância das suas restrições constitucionais. A não-observância do requisito constitucional gera um grande problema social, gerado, não pela falta de estrutura, mas, sim, pela falta de aplicação da mesma na judicização do político, afastando-se, por conseqüência, da meta de redução da desigualdade, que seria alcançada pela redução da complexidade social.

A Constituição estabelece que a propriedade deve ter uma função social. Logo, a partir de Luigi Ferrajoli, em uma perspectiva garantista, é necessário lembrar que uma norma só é válida se for condizente com a Constituição. A partir disso, é evidente que as normas do Código Civil acerca da propriedade e da posse, devem ser (re)vistas sob *um novo prisma de validade*. [...] ²²¹ (grifos do autor)

²¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível Nº 70014496392. Relator: Pedro Celso Dal Pra. Porto Alegre, 29 de junho de 2006. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 20 jan. 2007.

²¹⁹ Streck comenta este desrespeito a Carta Constitucional. STRECK, Lenio Luiz. E que o Texto Constitucional não se transforme em um latifúndio improdutivo. p. 185.

²²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 344.

²²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 184.

Para qualquer análise judicial de conflitos, deveria ter-se como ponto de partida pelo julgador a Constituição. *A inserção constitucional na interpretação e aplicação do novo Código Civil possibilitará, sem dúvida, o surgimento de uma nova aurora para o Direito Civil.*²²² Para tanto, na busca da aplicação da Constituição, deve ser esta incorporada pelo julgador, ou seja, a Constituição política deve ser ao mesmo tempo, Constituição real. *Nesse sentido, a aquisição evolutiva da Constituição pode ser sugerida como um processo interorganizativo que pode vir a desencadear um texto constitucional mais próximo dos estágios societários atuais.*²²³ A Constituição deve ser utilizada e interpretada pelo julgador para a resolução do problema social atual, mesmo sendo elaborada com pensamentos políticos direcionados para conflitos epocais anteriores. O julgador, através da análise da norma, deve estar apto a interpretá-la para servir como fonte de resolução do conflito gerado pela realidade atual. *A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido [...] da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.*²²⁴ Para que isso ocorra efetivamente, deve o julgador ter vontade de Constituição. *Os tribunais precisam de independência em relação ao sistema político*²²⁵. Esse fato é o que dará a eficácia normativa esperada para o conflito apresentado ao Judiciário. A eficácia da norma buscada é a eficácia social, não-somente a eficácia jurídica, ou seja, o julgador deve aplicar a norma, fazendo com que o direito seja realizado, cumprindo a sua função. Essa eficácia ou efetividade da norma *representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.*²²⁶

Graças a pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas.²²⁷

²²² KRAEMER, Eduardo. Algumas anotações sobre os direitos reais no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *O novo Código Civil e Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 199-200.

²²³ SCHWARTZ, Germano. A Constituição numa visão autopoiética. In: SCHWARTZ, Germano. (Org.). *Autopoiese e Constituição: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade*. Passo Fundo: UPF, 2005. p. 14.

²²⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. p. 22-23.

²²⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. p. 98.

²²⁶ BARROSO, Roberto Luis. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2002. p. 85.

²²⁷ HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p.15.

Sendo assim, o juiz, como representante do Estado, tem a responsabilidade tanto jurídica como social de respeito às normas constitucionais, aplicando-as na sua integralidade, interpretando-as para essa aplicação de forma eficaz. Entretanto, como demonstrado, não tem cumprido o Judiciário com a sua função de contribuição na implementação dos objetivos maiores da Carta Maior. Tal violação não pode ser aceita, pois estaríamos indo de encontro a imperatividade da Constituição.

Assim:

As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade [...].²²⁸

O Direito deve ser legitimado através da decisão efetiva. Essa legitimação é a busca da aproximação da norma legislada à complexidade social apresentada nos momentos atuais, fazendo com que a redução da complexidade social venha a acontecer. *A legitimidade é, por assim dizer, um momento constitutivo do direito.*²²⁹

Portanto, a judicização da Constituição é ato que se impõe urgentemente, uma vez que, na medida em que ela não ocorre, aumenta-se a complexidade social gerada pela falta de inclusão social, que poderia ser propiciada pelo respeito aos mandamentos constitucionais, justamente pelos representantes do poder perseguidor da justiça.

Concluída a análise da observância dos requisitos constitucionais na ação de reintegração de posse, proceder-se-á à análise da (im)possibilidade de deferimento de medida liminar nesta ação.

²²⁸ BARROSO, Roberto Luis. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. p. 78.

²²⁹ BÔAS FILHO, Orlando. *O Direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006. p. 210.

3.2.3.2 Da (im)possibilidade de deferimento de medida liminar na ação de reintegração de posse

O Código de Processo Civil estabelece, nos seus art. 928 e 929 que:

Art.928-Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Art.929- Julgada procedente a justificação, o juiz fará logo expedir mandado de manutenção ou de reintegração.

Analisando os artigos acima citados, verifica-se que os requisitos para deferimento da liminar na ação de reintegração de posse são os elencados no art. 927 do mesmo diploma legal.

Após a Constituição de 1988, com a inserção no contexto constitucional do requisito da função social, como já mencionado, não há como falar em direito de posse sem análise do requisito apontado, já que a legitimidade da referida função social advém da utilização *pró-societatis*, não havendo como ela existir sem a observância dessa finalidade. Para tanto, o procedimento elencado no Código de Processo Civil deve ser adaptado ao mandamento constitucional.

Verificando, ainda, o contextualizado na norma processual, percebe-se que não há possibilidade de deferimento de liminar nessa ação, em face da impossibilidade de aferição da função social sem que ocorra uma análise minuciosa no cumprimento dos seus requisitos. Para que esse procedimento ocorra, há de se ter tempo hábil para essa finalidade. Em se tratando de imóvel rural, essa análise deve ser feita pelo INCRA, emitindo-se sua a conclusão ao Judiciário para observá-la no momento da sentença. Após, analisada a terra, no que tange ao cumprimento dessa função, deveria ela ser destinada para desapropriação, desde que não observado o requisito constitucional.

Alfonsin reforça esse entendimento, defendendo, no entanto, a possibilidade por justificação. Segundo o autor,

se é o dever que passa a estabelecer o conteúdo, e a petição inicial das possessórias propostas pelos proprietários procuram arrimo, tão-só, na exibição da certidão de matrícula do imóvel e em alguma notícia do jornal, parece inafastável a conclusão de que a liminar dessas ações aqui

em exame, tem que ser antecedida, no mínimo, de justificação prévia capaz de sustentar o cumprimento desse dever.²³⁰

É preciso referenciar que, na análise dos requisitos para deferimento ou não da liminar, o que está em debate não é apenas o direito econômico, e sim, a possibilidade de gerar, com o deferimento da medida, a indignidade de cidadãos que sofrem pela exclusão social. Esse requisito para deferimento da liminar, nada mais é do que um procedimento criado para a busca da redução da complexidade social. Essa afirmação se concretiza com a análise que Bôas Filho faz da teoria de Luhmann:

Luhmann considera os procedimentos como mecanismos de fundamental importância para a legitimação de um direito que, tal como é o caso do direito positivo, é posto e validado por decisões e, nesse sentido, essencialmente mutável e contingente.²³¹

No entanto, o procedimento foi criado em momento de complexidade reduzida, no qual ainda, não tinha sido estabelecida a estrutura da função social da propriedade para a legitimação da mesma. Os procedimentos devem ser criados para legitimação do direito pelo enfoque sistêmico. Em consequência, esse procedimento deve ser reavaliado para atingir o seu objetivo.

Não se pode permitir que simples títulos de propriedade levem à legitimação da posse pelo Judiciário. Se isso ocorrer, estar-se-á indo de encontro a um dos objetivos fundamentais que é a justiça através do processo, uma vez que

eventual invasão e ocupação por terceiros, de terras ou terrenos sem uso, ocorrem exatamente em razão de o proprietário não ter dado destino e utilização apropriada ao imóvel, quando isso era possível.²³²

A necessidade de exame da função social da propriedade

[...] se justifica pelo relevante fato de que a função social põe em confronto a liberdade dos necessitados com a liberdade do proprietário. É coisa muito mais séria e relevante do que a facilidade de obtenção das liminares, em tais feitos, dá a entender. Assim, a medida da liberdade do proprietário sobre os seus bens de produção não é indiferente à medida da

²³⁰ ALFONSIN, Jacques Távora. Os conflitos possessórios e o Judiciário: três reducionismos processuais de solução. In: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresh da; XAVIER, Flávio Sant'Anna. (Orgs.). *O Direito Agrário em debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 277.

²³¹ BÔAS FILHO, Orlando. *O Direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*. p. 230.

²³² CHEMERIS, Ivan. *A função social da propriedade*. p. 78.

liberdade dos não-proprietários que disputam a posse do espaço em conflito. Sem a satisfação das necessidades vitais das pessoas, como se sabe, nem liberdade existe. Aliás, o espaço em questão é objeto de tal conflito, exatamente, porque existe outro objetivo de obrigatória consideração jurídica, nesses casos, que é o da desigualdade passada, presente e crescente entre as liberdades dos proprietários de terra e as “liberdades” dos não proprietários.²³³

É reconhecido que a liberdade dos não-proprietários é mínima em face da situação indigna que muitos deles vivem e viveram em toda a história. Sem a possibilidade de usarem esse bem de produção para sobrevivência, acabam, muitas vezes, por mendigar e por implorar até alimentação. No entanto, essa verdade pode ser alterada. Entretanto, isso não depende apenas do Poder Judiciário, mas também de toda uma sociedade que deve traçar o rumo ao futuro observando os anseios de todos os indivíduos nela inseridos, orientados pela tão sonhada consciência social.

Trata-se aqui de colisão de direitos fundamentais. No entanto, o que vem a ser essa colisão?

Os direitos fundamentais são direitos heterogêneos [...]. O conteúdo desses direitos fundamentais é, muitas vezes, aberto e variável, apenas revelado no caso concreto e nas relações dos direitos entre si ou nas relações destes com outros valores constitucionais [...]. Resulta, então, que é freqüente, na prática, o choque de direitos fundamentais ou choque destes com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Tal fenômeno é o que a doutrina tecnicamente designa de colisão de direitos fundamentais.²³⁴

No que tange à colisão existente nas ações possessórias, têm-se, de um lado, o direito de propriedade; de outro, o direito à vida digna do demandado na ação possessória, proporcionado pela manutenção de sua posse. Para resolver esse problema jurídico, deve-se ponderar tal colisão, buscando resolvê-la através da análise do peso e da validade dos princípios envolvidos, ou seja, analisando-se o caso concreto, deve-se decidir pela observância de um direito fundamental em detrimento do outro, sem que haja invalidade do outro princípio, mas, tão-somente, não-aplicação dele, diante das características dos interesses envolvidos.

²³³ ALFONSIN, Jacques Távora. Os conflitos possessórios e o Judiciário. p. 278.

²³⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996. p. 93.

Verificada, no entanto, a existência de uma autêntica colisão de direitos fundamentais cabe ao intérprete-aplicador realizar a *ponderação* dos bens envolvidos, visando resolver a colisão através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo. Nessa tarefa, pode guiar-se pelos princípios da *unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade*, dentre outros fornecidos pela doutrina.²³⁵ (grifos do autor)

No caso específico da ação possessória, portanto, pode ser utilizado pelo juiz da ação o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, para decidir, no momento da aplicação da norma constitucional, aplicando um direito fundamental em detrimento do outro. Salienta-se que, utilizando o princípio da proporcionalidade,

[...] deve-se tender a um equilíbrio entre as vantagens e os prejuízos que inevitavelmente resultam quando se limita um direito com o objetivo de proteger outro direito ou bem constitucionalmente protegido. Procede-se a uma valoração dos interesses em jogo, tomando-se em consideração todas as circunstâncias relevantes ao caso concreto. Esse princípio guarda estreita relação com a ponderação que se realiza nos casos de colisão de direitos, ponderação na qual ele é parte integrante.²³⁶

Pela análise dos interesses envolvidos, entende-se, pois, que deve ser sacrificado o interesse econômico do proprietário ou possuidor, em detrimento do direito à vida, proporcionado pela exploração da terra ao demandado na ação possessória.

Diante do exposto, conclui-se que não há possibilidade de deferimento de liminar na ação possessória, em face da impossibilidade de averiguação da observância do requisito fundamental da função social da propriedade para implementação dessa decisão em tempo processual hábil. Além disso, a aplicação dos requisitos processuais, para deferimento da liminar, deve ser desconsiderada, pelos fundamentos aqui argumentados.

²³⁵ *Ibid.*, p. 98.

²³⁶ GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 117.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao iniciar a presente dissertação, no primeiro capítulo, buscou-se analisar a relação do homem com a natureza e a evolução dessa relação, procurando demonstrar as suas alterações ao passar dos tempos. Apontaram-se os fatores geradores do aumento da complexidade social e, conseqüentemente, as estruturas criadas para a sua redução. Primeiramente, demonstraram-se os primeiros passos da utilização da natureza pelo homem, em especial da terra, tentando apontar o surgimento do direito de propriedade no contexto histórico e as conseqüências sociais desse surgimento, ou seja, a resposta a expectativa do momento epocal. Para tanto, iniciou-se o presente estudo na pré-história, salientando-se algumas de suas características, chegando à constatação da dominação progressiva da natureza pelo homem e os efeitos dessa dominação. Apontou-se que o homem, na pré-história, dominou progressivamente a natureza buscando a sua sobrevivência, tendo como primeira forma de domínio a utilização do solo e das águas como fonte de território, moradia e sustentação alimentícia. Para manutenção de sua vida, começou a formar clãs, ocorrendo, em virtude dessa união de pessoas, a facilitação da reprodução humana, surgindo, por conseqüência, a instituição família.

Em função da exploração conjunta da terra, começam a surgir excedentes de produção de alimentos, os quais eram administrados por algumas pessoas que detinham pensamentos avançados para o tempo, dominando, portanto, esse meio de produção. Surgem, assim, os primeiros indícios de dominação exclusiva do solo, ou seja, a propriedade individual. Nota-se, por isso, que a terra foi um dos primeiros motivos de discórdia e de desigualdade entre os homens, pois, desde os primórdios, foi utilizada como fonte de poder e de produção de riqueza.

Com o aumento da complexidade social, surge a idade dos metais, produtos utilizados pelo homem para fomentar a exploração da terra, o que aumenta, cada vez mais, os ganhos nessa exploração, surgindo, por conseqüência, o comércio. Com a existência da classe dominante e do comércio para a troca dos bens produzidos na terra, em face da complexidade apontada, surge, nesse momento, o Estado, como uma estrutura criada na época buscando a centralização do poder e a conseqüente redução da complexidade social.

Juntamente com o Estado, surge, no contexto, o Estado Grego e Romano, nos quais verifica-se o alcance da terra de forma privilegiada por aqueles que detinham o poder. Com o aumento da complexidade social, começam as buscas de novos territórios e, em função dessas buscas de poder e riqueza, surge a necessidade de mão-de-obra para a manutenção da produção das áreas conquistadas, instituindo-se, aí, o sistema escravista e, por conseguinte, alteram-se as expectativas normativas daquele momento.

O escravismo acaba por gerar prejuízos para a inclusão social dos não-proprietários de terras, pelo fato de que o trabalho efetuado pelos escravos impedia a oferta de mão-de-obra assalariada. Com o passar dos tempos, esses excluídos começam a combater o sistema escravista, em decorrência do que surge o colonato, sistema que possibilitava a inclusão social pela necessidade de mão-de-obra para a manutenção da produção advinda da terra, oportunizando-se, nesse contexto, ao grupo excluído socialmente na época, o acesso a ela. Com a ruralização da sociedade, inicia-se o enfraquecimento dos poderes estatais ocasionados pela busca do poder pelos proprietários de terras da época. Diante desse contexto complexo, o Estado, representado pelo rei, visando à manutenção de seu poder e, portanto, buscando reduzir a complexidade do momento, cria uma nova estrutura: implementa o feudalismo, doando lotes de terras à classe nobre da sociedade e exigindo que essas fossem exploradas. O que advinha de tal exploração era dividido entre o rei e os senhores feudais. Para manutenção dessas propriedades, surge a vassalagem, na qual, o vassalo tem como função trabalhar para o senhor feudal com extrema fidelidade, investindo-se nesse cargo através de rituais.

Com a evolução temporal, em virtude do progresso gerado pela exploração desse meio de sustentação econômica, inicia-se a busca pelo término do sistema feudal pela classe burguesa. É alcançada, posteriormente, a sua libertação para domínio individual da propriedade com o Estado Liberal de Direito, de tal forma que o Estado passasse a ter a finalidade de mantenedor desse direito. Nesse período, o indivíduo passa a ser valorizado perante o Estado buscando nele a garantia de seus direitos. No Estado Liberal, diante do descontrole da atividade econômica, gerada pelo grande poder dos proprietários de terras, decorrem grandes injustiças sociais, pois os proprietários, diante das garantias que a Constituição lhes prescreveu, exploravam as terras sem qualquer preocupação com os demais integrantes da sociedade. Logo após, diante dos anseios sociais, surge o Estado Social que garante a propriedade, mas, também, passa a ter mais funções, como a de

mantenedor da ordem e a de sujeito ativo na busca da igualdade social, cuja conseqüência foi a garantia de alguns direitos sociais à classe trabalhadora da sociedade que buscava a inclusão social pela inserção de direitos básicos na Constituição. No entanto, essa defesa pelo Estado, dos direitos sociais, não reflete a sua concretização, pois que se trata somente de garantias formais. Como efeito, na busca da concretização desses direitos, nasce um novo Estado denominado de Estado Democrático de Direito, trazendo novas expectativas normativas para a redução dessa complexidade social.

Esse novo Estado reflete a soma dos dois Estados anteriores com uma nova promessa, a justiça social. Tem, ainda como princípio fundamental a igualdade, a liberdade e a diversidade política, busca a união desses objetivos e orienta a sociedade através de seus princípios maiores. Pelo surgimento desse novo Estado, com novas funções, houve a conseqüente reorientação do sistema jurídico. Essas novas estruturas passam a fazer parte do processo decisório de redução da complexidade via função social a ser feito pelo poder judiciário nos casos postos.

Dentre essas estruturas operativas, esta inserido o princípio da função social da propriedade, que descreve, em seu contexto, os requisitos para o cumprimento desta função que já vinha sido contemplada no Estatuto da Terra e na Constituição Federal de 1934.

Analisando as características da propriedade nesses momentos epocais, percebeu-se que a mesma sofreu diversas mutações evolutivas. Essas mutações, nada mais são do que uma resposta da sociedade à complexidade apresentada nesses períodos. Criaram-se estruturas para reduzir essa complexidade pelas expectativas sociais do momento. Uma delas foi a funcionalização da propriedade, fazendo com que os detentores do direito a explorassem de uma forma que beneficiasse a sociedade como um todo.

No segundo capítulo, demonstrou-se a evolução constitucional e infraconstitucional do direito de propriedade. Nesse contexto, iniciou-se o estudo pela Constituição de 1824, salientando que a propriedade já era garantida constitucionalmente, no entanto, não havia qualquer restrição ao seu uso ou mesmo controle estatal. Essa Constituição apresentava a característica de liberal, garantindo os direitos do indivíduo pela proteção estatal. A classe proprietária era a dominadora do poder, sendo que, para que a lucratividade da atividade de exploração da terra fosse garantida, procurava-se manter o sistema de escravidão, que não gerava maiores dispêndios de recursos.

Na norma infraconstitucional, em função dos efeitos da Colonização Portuguesa no Brasil, nasce a Lei 601 de 1850, denominada Lei de Terras que descreve no seu contexto a necessidade de labor na terra.

A Constituição de 1891, posterior à Lei de Terra, desconsidera o seu contexto e mantém a autonomia na exploração da terra, que começa a ser combatida constitucionalmente. Somente, a Constituição de 1934 estabeleceu, no seu contexto, que a propriedade tem uma função social e deve ser explorada de acordo com o interesse coletivo. A próxima Constituição, a de 1937, retrocede no tempo, não repetindo a necessidade de funcionalização da propriedade, passando a regulamentação desse direito às normas infraconstitucionais. No entanto, sucedendo essa Constituição surge a de 1946 que retoma a obrigação de cumprimento da função social da propriedade, inserindo-a no seu contexto esse normativo.

Nesse período, há uma grande preocupação com a função social da terra, buscando-se a justiça social pela melhor distribuição dessa fonte de subsistência. Nasce, então, nesse período, o Estatuto da Terra, Lei 4.504/64, que vem a regulamentar toda a atividade agrária, tendo a reforma agrária como o seu objetivo primeiro.

Em consonância, surge a Constituição de 1967, que mantém a preocupação com a destinação dada a terra e, por conseguinte, a atual Constituição de 1988 que, além de determinar que a propriedade deve cumprir a sua função social, descreve os requisitos para se atingir esse objetivo primordial visando à justiça social.

No entanto, mesmo havendo esse mandamento constitucional, a propriedade continua sendo explorada em desacordo a tal princípio e, conseqüentemente, aos objetivos elencados no Estatuto da Terra. Tal postura acaba por impossibilitar aqueles excluídos socialmente de terem a sua inclusão social pelo acesso a esse direito, fazendo com que essa expectativa normativa seja negativa, ou seja, vai de encontro ao objetivo da redução da complexidade social pela redução da desigualdade social.

No terceiro capítulo, diante da sociedade complexa atual, procuraram-se apontar algumas estruturas para a redução de sua complexidade. Essas estruturas apontadas no contexto do trabalho são formas de acesso à propriedade. Para tanto, buscou-se, primeiramente, fazer uma introdução à teoria sistêmica de Niklas Luhmann, demonstrando-se a necessidade de uma nova visão para o entendimento da relação do Direito com a sociedade.

Demonstrou-se, primeiramente, que o Direito, para a sociedade complexa atual, nada mais é do que uma estrutura criada para reduzir essa complexidade. Essas estruturas criadas sequencialmente ocasionaram expectativas sociais que, em algumas vezes, acabaram gerando desapontamentos. As estruturas são necessárias, na medida em que a evolução da sociedade provoca automaticamente mais complexidade, pois surge um maior número de escolhas a serem feitas para serem tomadas decisões com o objetivo de combater a complexidade apresentada na convivência social. Para que essas decisões sejam tomadas, devem ser avaliadas todas as possibilidades apresentadas com vista a uma melhor escolha, gerando menos complexidade, e chegando-se a uma decisão efetiva, para reduzir os riscos advindos da contingência social.

A primeira estrutura apresentada foi à possibilidade de usucapir terras devolutas. Justifica-se a sua aceitabilidade, pela inércia de o governo dar uma destinação a essas terras, o que gera, automaticamente, um desencontro às duas estruturas criadas pela sociedade: o princípio constitucional da função social da propriedade e a Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra).

A segunda estrutura consiste na desapropriação por interesse social, salientando a falha na norma que impede a desapropriação de pequenas e médias propriedades, desde que o proprietário só possua a área indicada. Esse lapso do legislador vai de encontro aos princípios elencados acima, pois acaba beneficiando aquele que não dá a destinação social adequada à terra, prejudicando os demais integrantes da sociedade pela não-exploração, ou mesmo, pela exploração inapropriada desse bem de produção.

E a terceira e última indicada, no presente trabalho, foi a possibilidade de acesso à terra através das ações possessórias. Apontou-se que deve ser observada se a posse da terra está em consonância com a sua função social, devendo o judiciário, em havendo litígio sobre a terra, observar esse requisito constitucional para deferimento da ação possessória.

Essas estruturas, se observadas, reduziriam significativamente a desigualdade social pelo acesso à propriedade, indo ao encontro dos objetivos elencados no art. 3.º da nossa Magna Carta, em especial do inciso I- construir uma sociedade livre, justa e solidária, e do III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Para o alcance desse objetivo, necessário se faz analisar a relação entre a sociedade e o Direito pela visão sistêmica, uma vez que, somente através dessa visão nova da sociedade

complexa, conseguir-se-ão alcançar os fins propostos, reduzindo-se, por conseqüência, a complexidade social advinda da contingência social do mundo atual.

Portanto, chega-se à conclusão de que, a função social da propriedade foi uma estrutura importante para a redução da complexidade apresentada no que se refere ao direito de propriedade. A partir de seu nascimento, modificaram-se as expectativas normativas desse direito, não se aceitando mais que as decisões tomadas nesse contexto contrariassem os anseios sociais. Ao final, percebe-se que, diante dessa nova estrutura, o alcance da redução das desigualdades sociais pode ser perfectibilizado, introduzindo-se esse requisito como item indispensável para a decisão de qualquer complexidade gerada em função de seu descumprimento.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua conseqüência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- ALBUQUERQUE, Marcos Prado de. Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Orgs.). *O Direito Agrário na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 158-188.
- ALENCAR, José de. *A propriedade*. Brasília: Senado Federal, 2004.
- ALFONSIN, Jacques Távora. Os conflitos possessórios e o judiciário: três reducionismos processuais de solução. In: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresh da; XAVIER, Flávio Sant'Anna (Orgs.). *O Direito Agrário em debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 269-288.
- ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Ordenações Filipinas*. São Paulo: Saraiva, 1957. v. 1.
- ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mário Luiz. *Novo Código Civil confrontado*. São Paulo: Método, 2002.
- AMADO, Juan Antonio Garcia. La Societé et le Droit chez Niklas Luhmann. In: ARNAUD, Andre-Jean; GUIBENTIF, Pierre. *Niklas Luhmann observateur du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.
- _____. A Sociedade e o Direito na Obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André Jean; LOPES JR, Dalmir (Orgs.). *Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ANDERSON, Perry. *Passagem da Antiguidade ao Feudalismo*. São Paulo: Brasiliense, 2001.
- AQUINO, Rubem Santos Leão de; FRANCO, Denize de Azevedo; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. *História das sociedades: das comunidades primitivas às sociedades medievais*. Rio de Janeiro: Ao livro técnico, 1982.
- ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. *O acesso à terra no Estado Democrático de Direito*. Frederico Westphalen: URI, 1998.
- _____. A função social da propriedade agrária. In: LEAL, Rogério Gesta; ____ (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001.
- _____. O movimento dos sem-terra e a juridicização do político. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul: Edunisc, n. 17, jan/jun. 2002.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Farinas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução de: Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____; CAPELLER, Wanda. A força do Estado em face da globalização. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. (Orgs.). *Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina de Sociologia Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Thomson Pioneira, 2002.

_____; LOPES JR, Dalmir (Orgs.). *Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AWAD, Fahad Medeiros. *Crise dos direitos fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo*. Passo Fundo: UPF, 2005.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Estado e Direito como sistemas autopoieticos: uma abordagem da Teoria de Sistemas de Niklas Luhmann. In: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de (Orgs.). *Ernesto Laclau e Niklas Luhmann: pós-fundacionalismo, abordagem sistêmica e as organizações sociais*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p. 129-145.

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

BARROSO, Roberto Luis. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2002.

BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. *Usucapião constitucional urbano e rural: função social da propriedade*. São Paulo: Atlas, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução de: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BLOCH, Marc. *A Sociedade Feudal*. Tradução de Emanuel Lourenço Godinho. 2. ed. Paris: Albin Michel, 2001.

BÔAS FILHO, Orlando. *O Direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1998/0033247-2. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, DF, 15 de setembro de 2005. Diário de Justiça, 24.10.2005.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 339-357.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Editora Cultrix, 1996.

CHEMERIS, Ivan. *A função social da propriedade: o papel do judiciário diante das invasões de terras*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

COPETTI, André. *Direito Penal e o Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la Teoria Social de Niklas Luhmann*. Barcelona: Antrthropos; México: ITESO, 1996.

COSTA, Renata Almeida da. *A sociedade complexa e o crime organizado: a contemporaneidade e o risco nas organizações criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do Estado*. Tradução de: José Silveira Paes. 2. ed. São Paulo: Global, 1984.

FACCHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996.

FRANCO JUNIOR, Hilário. *Feudalismo: uma sociedade religiosa, guerreira e camponesa*. São Paulo: Moderna, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de: Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

_____. *Sociologia*. Tradução de: Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Atualizada por Luiz Edson Facchin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUEDES, Jefferson Carús. *Exceção de usucapião*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma Teoria Social Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KRAEMER, Eduardo. Algumas anotações sobre os direitos reais no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *O novo Código Civil e Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.199-214.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Santa Cruz do Sul: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do direito II*. Tradução de: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1985.

_____. *Il Sistema Educativo: problemi de riflessività*. Roma: Armando Editore, 1988.

_____. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1990.

_____. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir. (Orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33-107.

_____. *Introducción a la Teoría de Sistemas*. Barcelona: Anthropos; Guadalajara: ITESO, 1996.

_____. *Sistemas Sociales*. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1998.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução de: Ricardo Corrêa Barbosa. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002.

MANIGLIA, Elisabete. Atendimento da função social pelo imóvel rural. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Orgs.). *O Direito Agrário na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 25-44.

MANSILLA, Darío Rodríguez. *La Teoría de la Sociedad: invitación a la sociología de Niklas Luhmann*. México: Metapolítica, v. 5, n. 20.

MARQUES, Benedito Ferreira. Justiça agrária, cidadania e inclusão social. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Orgs.). *O Direito Agrário na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 101-126.

MARQUESI, Roberto Wagner. *Direitos reais agrários e função social*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil comentado*. São Paulo: LTR, 2003.

MATTOS NETO, Antônio José de. Garantia de direito à propriedade agrária. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Orgs.). *O Direito Agrário na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 01-24.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Leonel Itaussu A.; COSTA, Luis César Amad. *História Antiga e Medieval: da comunidade primitiva ao Estado moderno*. São Paulo: Abril, 1985.

MIRANDA, Gursen de. *Direito Agrário e Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant. *O espírito das leis*. Tradução de: Chistina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos direitos transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Usucapião*. 6. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da Teoria Jurídica Contemporânea*. Curitiba: JM, 1997. p. 219-242.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PEREIRA, José Edgard Penna Amorim. Terras devolutas. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Orgs.). *O Direito Agrário na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 45-72.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível nº 70014100200. Relator: Elaine Harzheim Macedo. Porto Alegre, RS, 16 de março de 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 20 jan. 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível n. 70015999931. Relator: José Aquino Flores de Camargo. Porto Alegre, 26 de julho de 2006. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 20 jan. 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível Nº 70014496392. Relator: Pedro Celso Dal Pra. Porto Alegre, 29 de junho de 2006. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 20 jan. 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

_____. Direito, cultura, política e democracia. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – 2000*. São Leopoldo : Unisinos, 2000. p. 141-157.

_____. Da Epistemologia Jurídica Normativista ao Construtivismo Sistemico. In: ____; SCHWARTZ, G. A. D.; CLAM, J. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Luhmann, Niklas. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 550-553.

ROSA, F. A. de Miranda. Posição e Autonomia da Sociologia do Direito. In: SOUTO, Claudio; FALCÃO, Joaquim. (Orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Thomson Pioneira, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens: discurso sobre as ciências e as artes*. Tradução de: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1999.

SANTOS, Fábio Alves dos. *Direito Agrário: política fundiária no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHWARTZ, Germano A. Doederlein. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. A Constituição numa visão autopoietica. In: SCHWARTZ, Germano. (Org.). *Autopoiese e Constituição: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade*. Passo Fundo: UPF, 2005. p. 11-25.

SILVA, Leandro Ribeiro da. *Propriedade rural*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Transformações jurídicas nas relações privadas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – 2003*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 143-195.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Competência legislativa em matéria de direito agrário. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Orgs.). *O Direito Agrário na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 87-100.

STRECK, Lenio Luiz. E que o Texto Constitucional não se transforme em um latifúndio improdutivo... – uma crítica à ineficácia do Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p.175-188.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre, 2004.

THIELEN, Helmut. *Além da modernidade? Para a globalização de uma esperança conscientizada*. Petrópolis: Vozes, 1998.

UTCHENKO, Sergej L. Classes e estrutura de classes na sociedade escravista antiga. In: PINSKY, Jaime (Org.). *Modos de produção na Antiguidade*. 2. ed. São Paulo: Global, 1984.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5.

VIAL, Sandra Regina Martini; FORTES, Cristina Lazzarotto. *O direito à terra como terra do direito*. Porto Alegre: Evangraf Ltda, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. In: ____ (Org). *Introdução à história do pensamento político*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.