

DIREITOS REAIS – DOMÍNIO E PROPRIEDADE

André Rubens Didone

Professor Coordenador do Curso de Comércio Exterior do Imes.
Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA – Buenos Aires, Argentina.
Mestre em Administração pelo Imes. Mestrando em Economia pela PUC/SP.
Curso Superior de Guerra – ESG/RJ. *Lato Sensu* e Estratégia pela USP.

RESUMO

Este artigo refere-se à compreensão sobre domínio e propriedade.

Desde as palavras do Prof. Dr. Carlos Mario Clerc, proferidas em uma palestra na Universidade do Museu Social – Buenos Aires, Argentina, temos pensado que o tema sobre domínio e propriedade é mais importante que uma simples denominação no campo do conhecimento.

Muitos autores pesquisados neste trabalho disseram que a via certa para entender o real sentido sobre domínio e propriedade é a do senso comum de relatividade que tem o direito.

ABSTRACT

This article remains to a understanding about dominium and property.

Since the words from Prof. Dr. Carlos Mario Clerc in a Universidad del Museo Social – Buenos Aires, Argentina, we thought that the tema about dominium and property his more important that a simple denomination in the field of knowledge.

Many autors researched in this job said that the right way to understand the real sense about dominium and property is the common sense from relativity who have the writ.

I. INTRODUÇÃO

a) Considerações gerais

O campo do conhecimento pode ser dividido, para fins didáticos, em dois grandes campos, a saber: campo das ciências exatas e campo das ciências sociais.

As ciências exatas têm, como característica comum, a exatidão e a precisão, definições e conceitos que permanecem imutáveis ao longo do tempo, como podemos verificar em Matemática, Geometria, Física, Mecânica Celeste e outras.

As ciências sociais são caracterizadas pela relatividade e pela absoluta falta de perenidade em suas definições e conceitos, já que elas têm como objeto

de estudo o homem, nas suas mais variadas manifestações de comportamento e relacionamento. Filosofia, Psicologia, Sociologia, Economia e Direito demonstram, sempre, esta verdade.

A explicação mais simples para a característica fundamental das ciências sociais é a de que o homem é, com efeito, o mais instável animal da natureza, e a única previsão possível de ser feita sobre ele é a de que o “homem é absolutamente imprevisível”. Assim, qualquer ciência que se dedique ao estudo do *homo sapiens* não pode ser exata e, sim, relativa.

A história do homem passa por três períodos distintos e provados pelos pesquisadores: eras do paleolítico, mesolítico e neolítico; iniciando-se a primeira cerca de 600 mil anos a.C., e a última, 12 mil anos a.C.

A princípio, o homem era nômade, vagando pela Terra em busca de alimentos, abrigo e defesa, já que, fisicamente, era um animal fraco no ambiente natural.

A constituição de grupos foi um verdadeiro ajuste natural que tornava o homem primitivo mais forte, provavelmente aí se originavam as raízes do Direito, em face dos conflitos de relacionamento que o grupo gerava. Certamente, pela característica de não se fixar em nenhum lugar, a idéia de posse, propriedade e domínio não freqüentava a mente do homem. A primeira revolução conhecida da História, a “revolução agrícola”, ocorreu 50 séculos a.C., quando, por razões de sobrevivência, o homem aprendeu a tratar a terra, alterando sua forma de viver, já que de nômade passou a habitante fixo de um lugar.

Com certeza, a noção de propriedade originou-se a partir desta fase e a evolução do conceito de domínio foi uma decorrência do sentimento de posse.

Associamos, então, domínio, posse e propriedade como decorrências naturais do desenvolvimento econômico e social do homem, e, por conseqüência, as instituições do Direito se desenvolveram a partir das noções e sentimentos que a nova estrutura social trouxe na esteira da “revolução agrícola”.

Desta forma, o trabalho que pretendemos apresentar será desenvolvido da seguinte maneira: uma breve conceituação de direitos reais, baseada na obra de Allende, uma síntese do conceito de domínio segundo Clerc e uma síntese abordando a propriedade baseada no trabalho de Lima Lopes.

Este trabalho não adentra o mérito dos sistemas de Direito que o mundo vivencia nem pretende esgotar qualquer ângulo do assunto e nem mesmo comparar conceito de “common law”, direito românico ou direito consuetudinário.

b) As definições de direito real

Vélez Sarsfield não apresenta, nem no Código Civil Argentino nem nas notas do mesmo Diploma,

uma definição própria de direito real, porém, nas notas apresenta definições de outros autores e fontes, como Ortolan, Maynz, Mackeldey, Demolombe, Las Partidas e a Nova Recompilação.

Parece-nos, sem embargo do mérito da apreciação desses conceitos, que o posicionamento de Allende consegue, por fim, conduzir a um conceito de direito real.

No entanto, diga-se de passagem, Javoleno afirmou “*ominis definitio in iure civile periculosa est*”, ou seja, toda definição em Direito Civil é perigosa, porque é difícil que não possa ser alterada.

Aliás, a relatividade dos conceitos de Direito pode explicar, facilmente, a afirmação do grande jurista.

Apesar desta assertiva, é necessário definir Direito Real, o que é exigido pela ciência e pelo ensinamento.

Então, afirmamos: “direito real é um direito absoluto, de conteúdo patrimonial, cujas normas, substancialmente de ordem pública, estabelecem entre uma pessoa (sujeito ativo) e uma coisa determinada (objeto) uma relação imediata, que a publicidade prévia obriga a sociedade (sujeito passivo) a abster-se de realizar qualquer ato contrário ao mesmo, nascendo, para o caso de uma violação, uma ação real, e que outorga aos seus titulares as vantagens inerentes ao ‘*ius persequendi*’ e ao ‘*ius preterendi*’”.

Estas abordagens, devidamente detalhadas, justificam o conceito apresentado, porém, em razão deste trabalho, não serão, nesta oportunidade, descritas.

II. O DOMÍNIO

ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

a) Síntese

Considerando-se os períodos da história do homem, desde o paleolítico até o neolítico, vamos encontrar sinais da origem do direito do domínio.

A partir do momento em que o homem se fixa na terra, quando se iniciou a primeira revolução social conhecida, a “revolução agrícola”, a idéia do sentido

de domínio sobre a terra identifica a propriedade, ou seja, o domínio legítimo à posse, e consagra a propriedade.

O homem, outrora nômade, era um verdadeiro predador social, que ao fixar-se na terra mudou sua condição de relação e participação na natureza.

O direito natural que se formou foi uma decorrência espontânea da própria característica do homem, relativo a seu comportamento e conseqüente dos conflitos de relacionamento na nova estruturação da sociedade que se configurava.

A partir do sentido desenvolvido de sociedade familiar ligada a propriedade, a idéia de domínio culminaria por consagrar o novo quadro social.

Do nomadismo à nova realidade doméstica – pastoril, evoluindo para a sociedade urbano-artesanal – identificamos, também, a ascensão do conceito de domínio, sempre ligado à idéia de propriedade e também de sentido de posse.

Os direitos romano, germânico, feudal e os regimes econômicos que foram se definindo ao longo da História, como o Capitalismo e o Socialismo, incrementaram a questão social na razão direta da evolução do homem e no atendimento de sua permanente insatisfação.

A doutrina da Igreja Católica busca conferir uma evolução ao sentido do conceito de domínio e à questão da propriedade privada.

São Tomás de Aquino entende que a propriedade privada é um direito das gentes, limitada por um fim superior que é o bem comum.

A idéia de domínio elaborada pela Igreja Católica está documentada nas encíclicas papais de Leão XIII (“Rerum Nnovarum”) e Pio XI (“Quadragesimo anno”), respectivamente de 15 de maio de 1891 e 15 de maio de 1931.

A propriedade funda-se na natureza humana, segundo Leão XIII, e também, a propriedade não se opõe ao desfrute comum dos bens naturais.

No entanto, Pio XI aborda a questão dos títulos que justificam a aquisição do domínio.

O conceito de domínio, ao que parece, não apresenta unanimidade nem uniformidade de opiniões, seja entre as diversas escolas do Direito, seja entre os inúmeros juristas, que incursionaram, por assim dizer, neste complexo campo de enquadramento doutrinário de conceitos sobre institutos jurídicos.

Por sermos adeptos da síntese e da lógica em conceitos controversos ou complexos, optamos pelo posicionamento do Doutor Gatti, o qual sustentou que: “domínio não é, propriamente um Direito senão um complexo ilimitado de direitos ou faculdades que integram um poder único”.

O Código Civil argentino, em seu artigo 2.506, define o domínio dizendo que: “domínio é o direito real em virtude real do qual uma coisa se encontra submetida a vontade e a ação de uma pessoa”.

Essa definição reconhece sua fonte na obra de Aubry e Rau, mas o codificador suprimiu os termos “de uma maneira absoluta e exclusiva”, omissão que, segundo alguns autores, tornou impreciso e não esclarecido o sentido do artigo, acercando-se Vélez Sarsfield, desta maneira, do artigo 544 do Código Civil francês, que apenas mencionava o caráter absoluto.

Por simplificação, e seguindo-se Savigny que “é direito de fazer de uma coisa o que quiser”, conceito praticamente idêntico ao transcrito por Vélez Sarsfield em sua nota, que, por sua vez, a tomara das Partidas.

b) Domínio e propriedade

Em Roma, nos tempos primitivos, inexistia uma palavra que sintetizasse o conceito jurídico de propriedade.

Durante o período de orientalização do direito romano, a palavra propriedade, como forma de expressão, converteu-se como sendo de uso mais comum, sobretudo para diferenciar domínio e usufruto.

Para Teixeira de Freitas, entre propriedade e domínio estabelece-se uma clara relação de gênero e espécie.

Segundo Freitas, propriedade é todo direito adquirido, suscetível de apreciação pecuniária, é todo bem integrante do patrimônio.

O domínio, pelo contrário, é o direito de propriedade que recai sobre coisas, sobre objetos materiais, com a maior amplitude possível.

Vélez Sarsfield, no Código argentino, acorda que domínio e propriedade têm o mesmo significado quando se trata do estudo dos vocábulos, mas também utiliza propriedade em sentido mais extenso quando fala, por exemplo, da propriedade do crédito, artigos 1.475 e 1.459, ou da propriedade da dívida, artigo 732.

Podemos concluir que o vocábulo domínio tem um alcance mais restrito do que aquele que cabe à propriedade, sendo, então, a palavra técnica para designar este instituto.

A Corte Suprema da Argentina, fiel intérprete da Constituição, manifestou-se várias vezes a respeito do assunto, e sempre manteve um posicionamento que pode ser resumido no seguinte: “nem o legislador e nem o juiz podem, em virtude de lei nova ou de sua interpretação, arrebatar ou alterar um direito patrimonial adquirido ao amparo da legislação anterior. O princípio da retroatividade deixa de ser uma simples norma legal para confundir-se com o princípio constitucional da inviolabilidade da propriedade”.

Efetivamente, o Direito continua sendo uma ciência social, relativa, com imprecisão, e mesmo imperfeição de conceitos. Entretanto, é na excelência de sua relatividade que a flexibilidade de pontos de vista doutrinários, conceituais ou mesmo leigos, culminaram por evidenciar que o fulcro das questões, cerne dos institutos, longe de permanecerem ao alvedrio ou bel talante dos opinadores conjunturais, atingem o corolário colimado, permeando, para a sociedade, conceitos que introjetam novas visões de entendimento, dando, à análise prospectiva, elementos confiáveis para elaboração de cenários possíveis, sem deixar de levar em conta a permanente insatisfação humana.

III. A PROPRIEDADE

Por quais mudanças passou a propriedade ao longo da história? Especialmente, considerada a tradição ocidental de estudo do dinheiro desde o século XII, quais as diferenças observáveis? Uma primeira intuição pode levar qualquer um à idéia de que propriedade é uma categoria do espírito, uma categoria jurídica sempre igual a si mesma. Aí começam as armadilhas. Certamente, uma distinção entre *meu* e *tu* pode ser universal. Mas a propriedade, como regime jurídico, adquiriu formas muito distintas ao longo da história. Em cada sociedade (Formal social), é possível perceber o que é objeto de apropriação individual e coletiva. Se a apropriação for entendida como uso do mundo material para a manutenção da vida humana, certamente toda a história é um processo de apropriação. Isto, porém, é portento, consome algo na sua própria reprodução e conservação. No entanto, o regime jurídico da propriedade é o regime da exclusão: exclusão de uns em relação às coisas e aos produtos das coisas e do trabalho. Assim, em muitas sociedades este regime de exclusão é diverso: do que se exclui, como se exclui, quem é excluído, quem são os sujeitos relevantes da ordem social que detêm a capacidade de agir e falar, a que propósito servem tais regras? Estas são questões cujas respostas permitem perceber que as coisas – a propriedade em particular – nem sempre foram as mesmas.

a) A propriedade como privilégio

O Direito era um direito de privilégios. Os pais de família eram, na verdade, os sujeitos do Direito: só eles eram *sui iuris*, e todos os negócios da família (unidade de produção) giravam em torno deles. A propriedade fundiária era um aspecto central da vida familiar: as terras da família eram a base material da vida da unidade produtiva. E as terras da família, segundo o direito romano original, subordinavam-se a um regime próprio, ao direito *quiritário*. Essa propriedade, que só poderia ser detida por cidadãos romanos livres, *sui iuris*, e em cada família apenas

pelo *pater familias*, restringia a circulação das terras e assegurava a unidade patrimonial.

Desta forma, juridicamente não se confundia com os mesmos intuitos a “propriedade” da roupa do corpo (*bem de consumo*) e a “propriedade” do patrimônio familiar (*bem de produção*). O escravo e os filhos não emancipados poderiam ter um pecúlio, um fundo próprio para uso e investimento, mas não poderiam ter acesso à propriedade quirritária. Assim, falar-se em propriedade no direito romano era muito diferente de falar-se em propriedade hoje. O pai de família tinha, junto com a propriedade, um poder jurídico de dirigir os negócios da família, inclusive poderes sobre as pessoas, filhos e escravos. Ser pai de família era ser proprietário de coisas e ao mesmo tempo ter o poder pessoal sobre as pessoas envolvidas na exploração daquela coisa.

A tradição romano-canônica conserva dois termos vindos do latim: *domínio* (senhorio) e *propriedade*. *Proprietas*, diz Villey, era a qualidade do que era próprio, e referia-se, nos textos latinos, à coisa mesmo. *Dominium* era, por sua vez, uma palavra plurívoca: 1) indicava, em primeiro lugar, o governo da casa (*domus*), e mais tarde 2) o poder de pai de família sobre as coisas (casa, terra, móveis) (Villey, 1976: 193-5). Hoje, usamos, indiferentemente, propriedade para apontar a coisa (minha propriedade na praia) e os poderes ou direitos (a propriedade define-se como ...). O direito anglo-norte-americano conserva uma distinção entre *ownership* (os direitos/poderes) e *property* (em geral), e *chattel* (bens móveis) ou *state* (patrimônio ou imóveis) e a coisa objeto.

Se o domínio é um poder, pode-se, sobre a mesma coisa, exercer outro poder que não o domínio: pode ser um composto de vários poderes, que podem se dividir. E de fato, assim foi o período medieval. O senhorio, ou domínio, no período medieval, também era entendido como um poder de direção (político) ligado à terra. O senhor detinha, junto com os direitos sobre os frutos da terra, rendas, ou serviços, uma jurisdição, isto é, certa competência normativa. No direito inglês, por força da con-

quista normanda, toda a terra conquistada foi tida como de domínio do rei: domínio emitente (*eminent domain*). Desse modo, toda a terra, a despeito de dividida em muitos senhorios, era, primeiramente, domínio do rei, que sobre ela exercia uma jurisdição (Potter, 1970: 486-487). Todos os habitantes eram tidos como vassallos do rei e seus sucessores: quer diretamente, caso em que a terra era um *free-hold tenure*, quer indiretamente, quando havia entre o rei e o possuidor final uma cadeia de senhores (caso em que se falava de *unfree-hold*). Por isso mesmo, puderam os reis ingleses interferir nas jurisdições locais para ouvir as queixas de todos os seus súditos, já que em última instância toda a terra lhes era sujeita. Falava-se, portanto, em um domínio (por parte do rei e dos senhores) e em uma detenção. Não há quase distinção entre propriedade, soberania e posse na Idade Média, e é só com a transformação da renda em preço que podem desaparecer os laços vassálicos na Inglaterra em 1660 (Commons, 1924: 214-220).

Assim, compreende-se que na Idade Média também não se torne comum a idéia unitária e individualista de propriedade, visto que sobre uma mesma coisa exercem-se diversos direitos e por diferentes sujeitos (Villey, 1987: 79). Bártolo (no século XIV), nos seus *Comentários*, procura dar uma definição de propriedade: “*Quid ergo est dominium? Est ius re corporali perfecte disponendi, nisi in lege prohibeatur*”. Sendo um medieval, acrescenta, logo depois, que os domínios são de duas espécies (*domina duo sunt*): domínio útil, que pode ser exercido por mais de uma pessoa, pois também ele comporta várias divisões, e domínio direto (*In Priman Digesti Novi Parten*. Ad 1. si qui vis, & Diferentia, *apud* Mela, cit., p. 256).

Em verdade, os domínios sobre a terra dão origem a rendas e poderes, cuja partilha, a divisão, é aparentemente natural. Os frutos da terra são divisíveis e cada parte vai para quem tem algum direito sobre a terra. A terra é um bem de produção e a propriedade dela nada ou pouco tem a ver com a propriedade dos bens de consumo pessoal. Para forjar um conceito unitário de propriedade, será preciso ignorar esta diferença fundamental. Desta forma, a

propriedade, entendida no seu complexo de poder sobre algumas coisas (a terra) e respectivas faculdades ou poderes de exploração e direção (recebimento e tributos e exercício de jurisdição), não é um direito natural e universal, mas um privilégio. O servo, por seu turno, tem seu direito de trabalhar a terra, do qual não pode ser privado nem por seus vizinhos e iguais nem pelo próprio senhor. Este, por sua vez, tem o direito de receber os frutos e exercer poderes políticos sobre a comunidade. Cada um tem suas próprias regras, seus *privilégios*.

O domínio compreendia, portanto, no mínimo dos poderes: o direito de jurisdição e a renda equivalente à parcela de poder sobre a terra. Havia *ligações perpétuas* entre diversos detentores, de caráter pessoal, isto é, a fidelidade entre vassallos e senhores, cuja quebra permitia a *diffidatio*. Havia ligações *pro-vita* entre peão e senhor, de modo que, se de um lado o peão estava adstrito ao trabalho naquele domínio ou senhorio, de outro não perdia a terra, ou seja, não poderia ser *despejado* (teoricamente), isto porque o seu direito à terra, embora não sendo um *dominium*, mas uma detenção (*tenure*), era-lhe próprio e real, isto é, ligado à própria terra, e não à conveniência do senhor. O desapossamento era a violência pessoal e grave, gerava um *diffidatio*. A posse, a detenção da terra imediatamente, era um direito que se transmitia, que se conservava e permitia a alienabilidade. Os direitos eram limitados quanto a seu exercício: um senhor ou um detentor não podia tudo ou qualquer coisa, isto é, não havia um direito absoluto que excluísse o de outros. Eram, às vezes, limitados quanto ao tempo: a hereditariedade não era total.

Os direitos sobre as terras incluíam a tenência ou detenção, mas também o direito de caça, o direito de pesca, as banalidades (obrigações de cozer o pão no forno senhorial, moer o trigo no moinho do senhor, pagar prestações sobre tais “serviços públicos” mantidos pelo senhor), a dízima (devida à Igreja, e em Portugal, mais tarde, transferida à coroa, por força do regime padroado), o censo e os foros. Com o tempo, tais direitos foram se monetarizando e transformando-se em pagamentos, taxas e tributos,

e não mais em pagamentos em espécie. Quando se começa a aceitar a alienabilidade da terra, começa a perder forças o feudalismo.

Em Portugal, a reconquista havia criado algumas particularidades, mesmo que se mantivesse a figura geral aceita no resto da Europa. A estrutura anterior à reconquista era *detenção alodial*, isto é, uma relação de um homem que presta tributos e reconhecimento a um superior. Propriedade ou detenção alodial é sinônimo de terra livre. Com o avanço da reconquista, avança também a *detenção precária*: o camponês passa a não deter em nome próprio, mas em nome de um concedente, a quem paga diversos deveres. O feudalismo penetrou junto com a reconquista – lembramos que a reconquista é feita com cavaleiros vindos de várias regiões e o próprio Dom Henrique (do Condado Portucalense) é de Borgonha. Ao lado da detenção alodial e precária existia, como em toda a parte na Europa, a *detenção comunitária*: terras usadas por todos de uma aldeia ou vila, em sistema de rodízio, não sujeitas, quer a um senhor, quer a um camponês em particular.

No século XIII, os direitos sobre as terras permitem a seguinte classificação (Hespanha, *apud* Gilissen, 1988-649): a) *terras nobres*, em que os senhores além de terem jurisdição cobram rendas (direitos feudais); b) *terras vilãs*: terras alodias e concessões precárias; c) *terras baldias ou comuns*. O advento da peste em 1348 e a revolução urbana que estava a caminho desde o século XIII esvaziaram os campos. Para reter os homens no trabalho agrícola, D. Fernando I, em 28 de maio de 1375, editou a Lei das *Sesmarias*. Esta lei demonstra a jurisdição real (isto é, sua capacidade de fazer justiça), dava-lhe um poder sobre as terras do reino, uma espécie de domínio eminente.

A propriedade de bens móveis não gera as mesmas instituições. *En fait mueblespossession vaut titre*: quanto aos bens móveis, a posse equivale ao título. Na tradição anglo-americana, que não conheceu a grande imposição da propriedade unitária criada pelos civilistas modernos, sobretudo entre o fim do século XVIII e o século XIX, conserva-se até hoje a

distinção entre direitos sobre a terra (*fee simple e remainders*) e direitos sobre móveis (*chattels*). Não se confundem sob um único regime. A criação da propriedade, como um direito subjetivo por excelência, tal como é compreendido na tradição civilista, é relativamente recente e não universal.

Para completar o quadro da propriedade, o direito das sucessões vinha em auxílio da manutenção da unidade produtiva, com regras que possibilitavam concentrar em algum herdeiro certos poderes e privilégios, a fim de que o senhorio não fosse dissolvido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLENDE, Guillermo L. *Panorama de derechos reales*. La Ley. Sociedad Anónima editora e impresora de Buenos Aires, 1967.

CABANILLAS, Renato Rabbi Baldi. *La ciencia del derecho como saber retórico-tópico: el plantamiento de Theodor Viehweg*. *El Derecho – Diario de Jurisprudencia y Doctrina*. Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, n. 9.893, ano XXXVII, 1999.

CLERC, Carlos Mario. *El derecho de dominio y sus modos de adquisición*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2000.

FEDERICI, Mário. *Temas de derecho público*. Seminario de Doctorado. Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 2001.

LEVAGGI, Abelardo. *Manual de historia del derecho argentino*. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 1998, t. I.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

VILLEY, Michel. *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*. Pequeña biblioteca de filosofía del derecho. Buenos Aires: Gherzi, 1999.