

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO.

LUIZ GUSTAVO DA SILVA

**A PROPRIEDADE PRIVADA VISTA POR ARISTÓTELES E TOMÁS DE
AQUINO E A PROTEÇÃO DA POSSE COM FUNÇÃO SOCIAL NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

São Paulo
2014

LUIZ GUSTAVO DA SILVA

**A PROPRIEDADE PRIVADA VISTA POR ARISTÓTELES E TOMÁS DE
AQUINO E A PROTEÇÃO DA POSSE COM FUNÇÃO SOCIAL NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia apresentada como requisito para aprovação no Módulo V da Especialização de Direito Constitucional da PUC/SP – COGEAE, com a finalidade de obter a titulação de Especialista.

Orientador: Prof. Ms. João Paulo Pessoa

São Paulo
2014

EXAMINADORES

DEDICATÓRIA

A uma, dedico este singelo trabalho a Deus que é Pai, Filho e Espírito Santo, verdadeiro e único pastor, sem o qual nada nessa vida é possível.

A duas, a minha amada Patrícia. Você viu esse projeto nascer e o apoiou desde o início. As incansáveis aulas atrapalharam nosso primeiro ano de casados, mas saiba que essa conclusão é uma conquista nossa. Meu eterno agradecimento! Obrigado!

A três, uma vez mais, aos meus estimados pais, Antônio e Fátima, aos meus queridos sobrinhos Uryel e Frederico e meus amáveis irmãos Daniela e Fábio. Sempre ando com vocês no coração.

A quatro, aos meus ancestrais. Tenho certeza de que acompanham meus passos. Saudades...

AGRADECIMENTOS

Gostaria de dirigir meus primeiros votos de agradecimentos ao Professor Ms. João Paulo Pessoa que, para além dessa orientação, conseguimos formar uma amizade pautada em respeito e confiança. É impressionante a visão concreta que ele tem do direito, onde temas e conceitos complexos entram na pauta somente se tiver a efetividade comprovada. Qualidade rara nos operadores do direito. É com essa característica, inclusive, que buscamos nos apoiar em conceitos da filosofia sem, no entanto, esquecermo-nos do aspecto pragmático.

Aos notáveis Professores que ao longo desse curso nos guiaram pelos mais importantes detalhes do Direito Constitucional, em especial aos mediadores dos debates: João Paulo, Heitor Villaça e Lucas Gieron.

Aos companheiros de sala, pelos inesquecíveis debates de sábados à tarde e por me receberem de forma tão amistosa ao seletor grupo dos “Constitucionalistas do Ipiranga”.

Por fim, este ano completa 10 anos do meu primeiro contato com o Direito Constitucional. O encanto foi imediato. Tal interesse não viria sozinho sem as inesquecíveis lições do Professor Edson Sampaio, motivo pelo qual aproveito a oportunidade para externar, mais uma vez, meus agradecimentos.

“Fazemos ciência com os fatos assim como uma casa é feita com tijolos; mas uma acumulação de fatos não é ciência assim como um conjunto de tijolos não é uma casa”.

Poincaré em Ciência e Hipótese.

RESUMO

O presente trabalho tem a pretensão de, primeiramente, condensar os principais avanços em termos de teoria geral do direito constitucional. Nesse contexto, trabalharemos as diversas e principais categorias de ferramentas atuais, notadamente a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade e a razoabilidade, a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o redimensionamento da interpretação na aplicação do direito. Assentada essa premissa, no sentido de atribuir maior amplitude racional e valorativa (abertura) na aplicação do direito, com esses subsídios, procuramos enfrentar a questão da propriedade privada e a posse, notadamente a tensão entre propriedade sem função social e posse com função social. Para tanto, buscamos suporte teórico na respeitada filosofia de Aristóteles e Tomás de Aquino, quando concluiremos que a propriedade privada é necessária ao bem comum, porém, junto dela vem a reboque o dever de uso, que se infringido, possibilita à comunidade o uso adequado, quando, por sua vez, a posse com função social restará protegida em detrimento da propriedade privada sem função social. Dessa forma, a referida conclusão é perfeitamente possível de ser sustentada a partir do disposto no Art. 5, XXIII, da CRFB/88. É o que demonstraremos.

Palavras chave: Força normativa. Interpretação. Propriedade. Posse. Proteção.

ABSTRACT

The present work has the pretense of, first, condense the main advances in terms of general theory of constitutional law. In this context, we will work the various and main categories of current tools, notably human dignity, proportionality and reasonableness, the normative force of the Constitution, the expansion of constitutional jurisdiction and the resizing of the interpretation on the application of the law. Seated the premise in order to assign greater magnitude rational and evaluative (opening) in the implementation of the law, with these grants seek to address the issue of private property and ownership, underscoring the tension between property without social function and social function with possession. To this end, we seek theoretical support in respected philosophy of Aristotle and Thomas Aquinas, when we will conclude that private property is necessary for the common good, however, with that comes the obligation to use trailer, which if breached, enables the community proper use, when in turn the possession with social function remains protected at the expense of private property without social function. Such a conclusion and applying constitutionally justified according to the provisions of Art. 5, XXIII, of CRFB/88.

Key word: Normative force. Interpretation. Property. Possession. Protection

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA.....	10
2.1.Evidência empírica fundamental à compreensão do tema.....	10
3. O ESTADO CONSTITUCIONAL DE JUSTIÇA.....	13
3.1. A evolução teórica do modelo institucional de Estado: Síntese fundamental.....	13
3.2. Características e Conteúdo do Constitucionalismo Contemporâneo.....	14
3.2.1. A Consolidação do Estado Democrático de Direito.....	15
3.2.2. O Pós-Positivismo enquanto Método do Direito.....	16
3.2.3. A Força Normativa da Constituição, a Expansão da Jurisdição e da Interpretação Constitucional.....	18
3.3. Consolidação Teórica: a construção da premissa que autoriza a utilização do modelo filosófico.....	22
4. A PROPRIEDADE SEM FUNÇÃO SOCIAL E A POSSE COM FUNÇÃO SOCIAL E A SOLUÇÃO PROPOSTA PELA FILOSOFIA.....	23
4.1. A necessidade da propriedade privada segundo Aristóteles.....	23
4.2. O dever de uso segundo Tomás de Aquino.....	26
5. CONCLUSÃO.....	29
6. BIBLIOGRAFIA.....	31

1. INTRODUÇÃO

Com os recentes avanços científicos na área do direito, notadamente no direito constitucional, ganhou relevo a visão crítica e questionadora na apreciação e solução dos casos jurídicos. Atualmente, embasados na força normativa da constituição, isto é, o texto constitucional enquanto norma, na expansão da jurisdição constitucional e do redimensionamento da atividade interpretativa, pode-se afirmar, com segurança, que o juízo crítico e até mesmo criativo devem permear qualquer estudo e aplicação do direito.

Nessa perspectiva, inicialmente, utilizamos a informação de que, segundo a ONU, cerca de 52 milhões de brasileiros residem em moradias juridicamente precárias. Tal fato, além de justificar a relevância da pesquisa, enquanto elemento formal de qualquer estudo serve, sobretudo, como uma evidência empírica de uma realidade que precisa ser mais bem compreendida. Tal compreensão passa por uma revisitação de institutos como a propriedade privada, pois não raro toma-se às páginas dos jornais notícias de despejos forçados de comunidades inteiras, que ocuparam determinadas áreas abandonadas. É uma verdadeira ação de guerra onde o resultado serão despejos determinados sem um mínimo de reflexão, pois a propriedade é algo intocável em nossa sociedade.

Essa realidade vem agravada pelo fato de que ainda no Brasil, salvo raríssimas exceções, o título da propriedade é algo como uma panaceia argumentativa intransponível, somado ao fato de que, na maioria dos casos, nossos juízes têm um verdadeiro atraso metodológico na aplicação da jurisdição, estando mais para os antigos juízes franceses ‘boca da lei’ do que para o necessário e mais atual juiz ‘Hércules’.

Dado esse grave problema, consubstanciado nesses dados empíricos, bem como a abertura de possibilidades interpretativas do texto constitucional, nos deparamos na filosofia aristotélica-tomista com um tratamento singular sobre a matéria, de modo que entendemos ser possível aplicar a conclusão desses estudos filosóficos ao disposto no Art. 5º, XXIII, da CRFB/88 e, fixarmos que a posse com função social deve ser protegida em face da propriedade sem função social. Esse caminho, a todo tempo, tentou-se utilizar das ferramentas da observação metodológica somada a relevante substrato lógico, a fim de assegurar o máximo de consistência às conclusões.

2. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

2.1. Evidência empírica fundamental à compreensão do tema

Bem disse o cientista Karl Popper: “Toda a vida é solução de problemas¹”. O direito, por sua vez, possui seu respectivo corte metodológico acerca de quais os problemas que dele se ocuparão e, mais, resolvê-los. Neste trabalho, conforme noticiado na introdução, buscaremos analisar a situação jurídica dos possuidores e proprietários e da tensão subjacente a essa relação.

Essa situação é tão enraizada na sociedade brasileira, que até tema de música já foi. Podemos citar, por exemplo, na genialidade de Adoniran Barbosa, a presença do tema:

*“Se o senhor não tá lembrado
Dá licença de contar
Ali onde agora está
Este "adifício arto"
Era uma casa "véia", um palacete assobradado
Foi aqui seu moço
Que eu, Mato Grosso e o Joca
Construimos nossa "maloca"
Mas um dia
"nóis" nem pode se "alembra"
Veio os "home" com as ferramenta
E o dono "mandô derrubá"
Peguemos todas nossas coisas
E fumos pro meio da rua
"Apreciá" a demolição
Que tristeza que "nóis" sentia
Cada táuba que caía
Doía no coração
Matogrosso quis gritar
Mas em cima eu falei
Os "home tá cá" razão
"nóis arranja" outro lugar
Só "se conformemo"
Quando o Joca falou*

¹ OLIVA, Alberto. Filosofia da Ciência, 3ª Reimpressão. 2012, p.6. Editora Zahar.

*Deus dá o frio conforme o "cobertô"
E hoje "nós pega" a paia
Nas grama do jardim
E pra esquecer "nóis cantemos" assim:*

*Saudosa maloca, maloca querida
Dim dim "donde nós passemos" os dias feliz de nossa vida*

*Saudosa maloca, maloca querida
Dim dim "donde nós passemos" os feliz dias de nossa vida'.*

É assim. O dono abandona e depois manda derrubar. O judiciário dá de ombros: que arranjem 'eles' outro lugar. E vão por aí. Não se sabe onde. Podem até achar que isso é correto, conforme a própria letra diz. Porém, é preciso gritar como quis Mato Grosso e não achar que o esquecimento e o conformismo, conforme dito por Joca, serão os remédios adequados. Não! O problema é maior do que se imagina. É a versão contemporânea da 'expulsão dos camponeses'.

Censo do IBGE de 2010², traz números que assustam³. No país todo, temos 11.425.644 (onze milhões, quatrocentos e vinte e cinco mil e seiscentos e quarenta quatro) brasileiros que moram em domicílios ou terrenos ocupados. Relatório da ONU, por sua vez, alargando a análise, chega ao impensável número de 52 milhões de brasileiros em moradias em situação precária. Para tamanho problema⁴, não é aceitável que seja resolvido com a mera invocação da legalidade e do título da propriedade privada, esses argumentos são, na verdade, soluções reducionistas. É preciso enfrentar a complexidade de forma efetiva, suportado sempre pelos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Para além de um dado estatístico, temos diversos casos, com repercussão, onde a tensão posse e propriedade figuraram com protagonistas: *O Caso Pinheirinho de São José dos Campos – São Paulo; O despejo das famílias Ribeirinhas na construção do Rodoanel paulista – São Paulo; Comunidade do Horto – Rio de Janeiro*, entre tantos outros.

²http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados_subnormais/ta_belas_pdf/tab2.pdf

³ Outro dado é o do Relatório do Programa Habitat – ONU- diz que o Brasil possui 52 milhões pessoas que vivem em moradias precárias no sentido material e jurídico. Disponível em <http://www.onu.org.br/cidades-al-caribe-2012/>

⁴ Outra prospecção do problema é o caso dos despejos para desapropriação a construção de obras públicas. O Estado indeniza o proprietário especulador, mas nada assiste àquele que estava na posse.

Dessa forma, tendo em vista o elemento estatístico encontrado no IBGE e o Relatório da ONU sobre a moradia na América Latina somada a inúmeras notícias de casos que ganharam o noticiário nacional, considerando ainda os que devem ocorrer todos os dias Brasil afora, verdadeira cifra negra do despejo indevido, entendemos ser possível à busca de um suporte jurídico mais adequado para dirimir conflitos dessa natureza.

Lembramos, por fim, que não iremos nos deter as peculiaridades dos casos narrados. A bem da verdade, citar essas ocorrências vem no sentido de satisfazer os pressupostos de relevância da pesquisa suportada por elementos empíricos. Doravante, portanto, passaremos a traçar as premissas que entendemos pertinentes, visando construir os fundamentos de um possível prisma que o problema pode ser visto, visando concretizar a Pasárgada dos mais necessitados.

3. O ESTADO CONSTITUCIONAL DE JUSTIÇA⁵

3. 1. A Evolução teórica do modelo institucional de Estado: Síntese fundamental

Na esteira de consolidada doutrina^{6 7}, os Estados, no curso do tempo, concentraram-se em alguns modelos institucionais. Em um primeiro instante, podemos denominá-lo de Estado Pré-Moderno. Nessa quadra, havia a pluralidade de fontes normativas, notadamente a tradição romana de produção jurídica e a fundamentação jusnaturalista (Locke, Rousseau e religioso-antigo). Adiante, toparemos com o modelo do Estado Legislativo de Direito, pautado na legalidade, com a atribuição da realização de leis, exclusivamente, pelo Estado. Nesse paradigma, a norma jurídica não vale por ser justa, mas por haver sido posta. Por fim, nosso terceiro paradigma é o Estado Democrático (e Constitucional) de Direito, caracterizado, sobretudo, pela subordinação da legalidade à Constituição rígida. A lei só é válida se compatível formal e materialmente com a Constituição.

Essa subordinação agita toda a ciência do direito. Entender bem as principais características e categorias oriundas desse modelo é o que pensamos ser de maior relevância para o direito atual. O estágio do Estado Democrático de Direito somado ao Constitucionalismo Contemporâneo⁸, traz ao debate jurídico novas estruturas e efeitos diversos à busca soluções, além da pautada exclusivamente na lei. A lei não é mais uma solução estanque, mas sim mais um dado. A ideia é demonstrada por Antônio Cavalcanti Maia: “ontem, os códigos; hoje, as Constituições”⁹. Nessa perspectiva é que estudos de lógica, filosofia, argumentação, interpretação e hermenêutica dos direitos fundamentais ganham relevância, dado a maior plasticidade do texto constitucional. Doravante, passaremos a analisar qual é o conteúdo estrutural dessa ciência do Direito que se organiza

⁵ A expressão Estado Constitucional de Justiça quer designar todos os avanços que aqui serão abordados. Constitucional como significação da tensão entre Democracia e Constitucionalismo. Justiça por que traz a ideia de soluções para além da lei ou do direito, incluindo aí teorias da justiça, filosofia política etc.

⁶ A caracterização das fases evolutivas do modelo institucional de Estado envolve complexa análise. Porém, dado a característica e objetivo deste trabalho utilizaremos a sistematização proposta por Luís Roberto Barroso.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 3º Edição, 2012, Editora Saraiva, p.266.

⁸ Parte da doutrina denomina de Neoconstitucionalismo. Em ciência, o nome não muda a realidade ontológica e preferiu-se o termo Constitucionalismo Contemporâneo, alçando essa discussão a outro patamar. Shakespeare já enfrentou esse tema. “What’s in a name? That which call a rose, by any other name would smell as sweet”, Romeu e Julieta – 2º ato.

⁹ MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo, p. 3, Revista Hermenêutica Jurídica, 2004.

sob os auspícios do Constitucionalismo e do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

3.2. Características e Conteúdo do Constitucionalismo Contemporâneo

Essa nova estrutura do Estado, que é Democrático de Direito e se vê no Constitucionalismo Contemporâneo, é concretizada por características diferenciadoras dos demais. Nessa passagem, traremos à discussão, com a natureza de premissa necessária a nossa conclusão, quais são esses mecanismos e mudanças perpetradas por esse novo modo de ver e de se organizar o Estado e, por consequência, o direito. Para Luís Roberto Barroso¹⁰, é possível encontrarmos o conteúdo a partir da seguinte categorização: i) marco histórico; ii) marco filosófico e iii) marco teórico.

Na perspectiva histórica, o ponto relevante é a formação do Estado constitucional de direito, consolidado ao longo das décadas finais do século XX. No caso brasileiro destacamos que além da consolidação do Estado Constitucional outro importante marco foi a redemocratização, pertencentes à mesma quadra temporal. Já no marco filosófico a principal contribuição é o pós-positivismo metodológico, marcado pela centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética. É a construção de um conteúdo fruto de uma oposição filosófica-metodológica: o jusnaturalismo e o positivismo¹¹. A essa oposição, frutificaram importantes categorias e ferramentas a fim de se buscar a justiça, notadamente: i) o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto imperativo categórico e ii) a razoabilidade e a proporcionalidade como método decisório. Por fim, quanto ao marco teórico, três foram às conclusões que transformaram a compreensão do Direito: i) a força normativa da Constituição; ii) a Expansão da Jurisdição Constitucional e iii) o desenvolvimento da interpretação constitucional.

Toda essa construção do constitucionalismo contemporâneo, a bem da verdade, não criou institutos, ao contrário, apenas admitiu a convivência entre elementos de experiências de realidades distintas, isto é, Revolução Francesa e dos Estados Unidos da América. Com isso, visando consolidar e dar efetividade a essas experiências surge o Estado Democrático de Direito, fazendo coexistir as realidades do Estado Liberal e do Social, com uma dedicação imensa a efetividade dos direitos fundamentais. Parece-nos que

¹⁰ Obra citada item 4 p. 265 a 289.

¹¹ É o que convencionou-se chamar de ‘Paradigma IP’ – Afonso García Figueroa.

é essa premissa que sustenta a atual leitura do direito, ou seja, uma realidade marcada pelo amálgama metodológico¹² e pela análise cúbica.

Saber e considerar essas mudanças, quiçá já fossem suficientes a finalidade desse trabalho. Todavia, esse estudo se justifica justamente pela ausência de concretude dessa abordagem no mundo paradigmático. Não nos parece confortável, já nesse momento, passar a interpretar o problema da posse com padrões lógicos e metodológicos de Aristóteles e Tomás de Aquino. Ainda é necessário justificar como e por que é possível dar esse salto qualitativo no enfrentamento do problema. Dessa forma, passaremos a esmiuçar, ainda que sinteticamente, porém, como o máximo de cuidado para não perdermos a profundidade necessária, cada categoria e instituto descrito alhures.

3.2.1. A Consolidação do Estado Democrático de Direito

Após as barbáries ocorridas na 2ª Guerra Mundial, justificada pelo cumprimento da lei, a constitucionalização do pós-guerra redefiniu a posição da Constituição em todo cenário jurídico de uma dada realidade. A ideia de democracia, enquanto expressão da razão da maioria, via instrumento formal da lei, foi aproximada da ideia de constitucionalismo e de constituição, dando novos contornos a aplicação e interpretação da lei, reinterpretação a democracia como expressão racional da maioria, desde que respeitados os direitos da minoria.

O principal e primeiro marco normativo dessa realidade é a Constituição Alemã de 1949, seguramente a que possibilitou a maior reflexão teórica dessa quadra. Destacam-se ainda a Constituição da Itália de 1947, de Portugal de 1976 e da Espanha de 1978. Todas elas com reconhecimento da força normativa da Constituição. No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 integra esse marco teórico. O Direito Constitucional passou a viver o apogeu.

Em miúdos, o que se quer designar como a consolidação do Estado Constitucional de Direito é justamente a aproximação entre constitucionalismo (limitação do poder) e a democracia. Para uma demonstração dessa relação, que pode ser lida como tensão, rendemos cumprimentos à invocação do conto mitológico de Ulisses e o Canto da Sereia. A amarra realizada no protagonista é papel atual do constitucionalismo e da

¹² Conhecemos bem as críticas a essa mistura tratada pela rubrica de sincretismo metodológico. Não acreditamos ser o caso quando consideramos a realidade humana como destinatária das decisões jurídicas. A pureza científica pode ser manchada pela sujeira humana. Sabemos disso.

Constituição: limitar a vontade da maioria (que pode ser tirana), tratado na anedota como o desejo de ir ao encontro da sereia.

3.2.2. O Pós-Positivismo enquanto Método do Direito

O pós-positivismo surge como uma terceira via à tensão entre jusnaturalismo e positivismo. O jusnaturalismo aproximou a lei da razão gerando uma filosofia do direito em busca de uma fundamentação valorativa, como forma de explicar as complexidades jurídicas. O positivismo, por sua vez, se preocupou de objetivos como clareza, precisão e objetividade do direito, visando uma pureza e segurança científicas. Todavia, a partir da segunda metade do século XX nenhum, nem o outro, de forma isolada, traziam respostas que se amoldavam as necessidades e peculiaridades dessa quadra civilizatória. Já não bastavam respostas abstratas e metafísicas, nem tampouco precisão e certezas sem um mínimo de análise valorativa, haja vista os ‘frutos’ proporcionados pelo positivismo.

Por outro lado, cada qual deixou o seu legado. O Direito continua e se preocupar com a busca científica (mínimo de substrato lógico, semântico, certeza, objetividade etc.), porém, impregnado de fundamentos de ordem valorativa, a fim de conferir legitimidade as suas proposições e prescrições. É justamente nesse ponto que se organiza o pós-positivismo. A partir dessa perspectiva é que encontramos ferramentas lógicas-valorativas que permearão a aplicação do Direito. Entre tais ferramentas, consoante abalizada doutrina, destacam-se: i) o princípio da dignidade da pessoa humana¹³ e ii) o postulado¹⁴ da razoabilidade e da proporcionalidade.

No que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no Art. 1º, III, CRFB/88, impende reportar aos ensinamentos de Immanuel Kant. A ideia de dignidade da pessoa humana remonta a natureza de imperativo categórico onde a pessoa é um fim em si mesmo e, dessa forma, não podendo ser tratada como meio. Com as palavras dele mesmo:

¹³ Com relação à questão do pleonasma ‘pessoa humana’, filiamos a corrente de que não há tal vício, pois a ideia a ser transmitida é a de que cada ser humano (pessoa) carrega a identidade de toda humanidade (humana).

¹⁴ Dada a divergência acerca da natureza jurídica da proporcionalidade e da razoabilidade preferimos a nomenclatura postulado no sentido de estrutura de raciocínio jurídico.

“No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade. (...) moralidade e a humanidade são as únicas coisas que têm dignidade”.¹⁵

Dessa forma, é uma ferramenta de elevado conteúdo valorativo, porém, dotado de uma instrumentalidade peculiar as coisas efetivas, pois haverá violação à dignidade da pessoa humana sempre que em dada situação o ser humano for tratado como meio (portanto, objeto), quando o que se busca é o tratamento como fim em si mesmo.

Mais adiante, quanto ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, também ferramentas lógicas-valorativas, encontram suporte normativo no postulado do devido processo legal substantivo, conforme Art. 5, LXIV da CRFB/88. Em apertada síntese, a proporcionalidade circunscreve às colisões de direitos fundamentais. Sua aplicação requer uma análise concreta de seus critérios internos, a saber: i) a adequação; ii) necessidade e iii) proporcionalidade em sentido estrito. Por outro lado, a razoabilidade remonta ao juízo, na esteira dos ensinamentos de Humberto Ávila¹⁶, de equidade, congruência e/ou equivalência. Levando em conta sempre o indivíduo, ao passo que a proporcionalidade considera, sobretudo, a ação estatal. Convém consignar, todavia, que o Supremo Tribunal Federal trata a proporcionalidade e a razoabilidade como equivalentes¹⁷, não sem crítica da doutrina, como de costume.

Isso tudo visitado, podemos considerar que no que tange a metodologia de aplicação do direito, hodiernamente, remonta ao que denominamos de pós-positivismo, construção possível a partir do aproveitamento de algumas características e exclusão de outras, tanto do jusnaturalismo, quanto do positivismo. Nessa organização, destacam-se, sobremaneira o princípio da dignidade da pessoa humana e o postulado da

¹⁵ KANT, Immanuel. Fundamentação à metafísica dos costumes, p.77-78. Coleção 70 Textos Filosóficos Edições 70, Tradução Paulo Quintela.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios. p. 102-111, 13ª Edição, Malheiros.

¹⁷ STF-ADI (MC) 2.667/DF, rel. Ministro Celso de Melo, 16.08.2002.

proporcionalidade e razoabilidade, verdadeiras ferramentas à disposição do aplicador e intérprete do direito contemporâneo.

3.2.3. A Força Normativa da Constituição, a Expansão da Jurisdição e da Interpretação Constitucional.

A força normativa da constituição, as expansões da jurisdição e da interpretação constitucional ganham força, no Brasil, juntamente com a consolidação do estado democrático de direito. Esses componentes, integrantes de um mínimo de teoria geral do direito constitucional, ganham elevada importância nesse nosso atual estágio. Tal como os conceitos anteriores, ainda que sinteticamente, precisam ser detalhados.

No que tange à força normativa¹⁸, apesar de conter relatos históricos anteriores, a matéria ganha relevo na reconstitucionalização europeia no pós-2º guerra. É dessa quadra a célebre aula inaugural do ilustre Konrad Hesse (de 1959 publicado posteriormente em 1983¹⁹). Por tal premissa, buscou-se emancipar o texto constitucional de meras recomendações políticas para um caráter vinculativo, normativo e obrigatório. Dessa forma, ao contrário de outrora, o descumprimento de normas constitucionais deflagra medidas e mecanismos a fim de viabilizar o cumprimento forçado. Por fim, para além de viabilizar o cumprimento das normas de modo forçado, convém registrar que a força normativa da constituição possibilita a solução de conflitos de interesses a partir, também, do texto constitucional.

No plano brasileiro, os estudos da força normativa da constituição foram inaugurados pelo Professor José Afonso da Silva, em 1968, no livro Aplicabilidade das normas constitucionais. Posteriormente, outro marco importante é a publicação da Tese de Livre-Docência na UERJ do Professor Luís Roberto Barroso, em 1990 com o título “O direito constitucional e a efetividade de suas normas”. Por fim, é imperioso que fixemos que as disposições constitucionais são normas que contém proposições e prescrições dotadas de obrigatoriedade. Essa premissa-conclusão é salutar.

Por sua vez, a expansão da jurisdição constitucional também é fruto desse redimensionamento científico do direito constitucional. Nos idos dos anos 1940 a seguintes, o direito presenciou a derrocada do estado legislativo, consubstanciada na concepção de lei como expressão da vontade e do juiz boca da lei, e viu alçar a patamares

¹⁸ O suporte normativo-constitucional de tal instituto está disposto no Art.5,§2º da CRFB/88.

¹⁹ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. 1991-Editora Livraria do Advogado.

do protagonismo o poder judiciário. A evolução constitucional veio acompanhada de uma carga enorme de constitucionalização dos direitos fundamentais, ficando ao Judiciário a guarda de tais direitos. O tema da expansão da jurisdição constitucional envolve quase sempre um estudo cronológico da adoção, pelos países, de cortes constitucionais ou equivalentes. Com essa configuração, o destaque inicial é sempre para Alemanha (1951) e Itália (1956). Já no cenário brasileiro, apesar de contarmos com o controle de constitucionalidade incidental desde 1981, o controle concentrado ganha espaço somente em 1965, sendo expandido e alargado com a CRFB/88. Todavia, parece-nos importante trabalhar a expansão da jurisdição constitucional no sentido de aplicação da constituição pelo judiciário.

Para que possamos evidenciar o porquê hoje podemos falar em jurisdição constitucional, não só no sentido de controle de constitucionalidade das leis, realizada por órgãos competentes, mas também no sentido de aplicação da constituição, são magistrais os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni:

“A teoria que afirma que o juiz atua a vontade concreta do direito, como visto, foi compartilhada por Chiovenda. O direito nada mais era do que a lei, isto é, do que a norma geral a ser aplicada aos casos concretos. Ao juiz bastaria aplicar a norma geral criada pelo legislador. Aplicação e criação, aí, separavam-se nitidamente. (...). Já se deixou claro que a lei, no Estado contemporâneo, tem sua substância condicionada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais. Compreender a lei a partir dos direitos fundamentais significa inverter a lógica da ideia de que esses direitos dependem de lei, pois hoje são as leis que têm a sua validade circunscrita aos direitos fundamentais (...). A lei deve ser interpretada de acordo com a Constituição. Isso significa que o juiz, após encontrar mais de solução a partir dos critérios

clássicos de interpretação da lei, deve escolher aquela que outorgue maior efetividade à Constituição. (...) Aí se está diante de uma regra de interpretação da lei e não de uma regra para o controle de constitucionalidade”²⁰.

A essas palavras agregamos ao nosso trabalho duas conclusões: i) a atividade jurisdicional enquanto atividade criativa e não somente de aplicação da lei e ii) o a análise da lei, frente à constituição, para além de um controle de constitucionalidade, mas também como uma regra de interpretação da lei, no sentido de maior satisfação e cumprimento do comando constitucional. Esse conteúdo, portanto, parece caber perfeitamente em uma leitura qualitativa do que dissemos ser a expansão da jurisdição constitucional.

Por fim, outro instituto foi ampliado e ganhou novos contornos, qual seja, a interpretação constitucional. Para o melhor aproveitamento do que aqui iremos trabalhar, primeiramente teremos que fazer uma incursão acerca da evolução do tema. Em seguida, traremos uma importante conclusão doutrinária que para esse trabalho é uma premissa necessária.

Os estudos da interpretação no direito remontam como um importante marco histórico a Escola da Exegese (1830 a 1850), tendo como principal instrumento normativo o Código de Napoleão (1804). Os franceses acreditavam que a atividade jurisdicional deveria ser mecânica. É nessa época que tem origem a expressão ‘juiz boca da lei’ (bouche de la loi). Para se ter uma dimensão da época, note o que disse o Deputado Bergasse²¹ (constituente francês de 1789) “O poder judiciário estará (...) mal organizado se o juiz gozar do privilégio perigoso de interpretar a lei ou acrescentar algo a suas disposições”.

Em linha de evolução no tratamento da matéria, após a Primeira Guerra Mundial, devido à repaginação do papel do estado, com a consequente proposta do Estado Social, a interpretação também sofreu uma reestruturação. É desse período a sistematização dos critérios interpretativos de Savigny, quais sejam: gramatical, histórico, lógico e sistemático. Abandonou-se a mera aplicação mecânica da lei e alça um patamar de uma maior complexidade da atividade jurisdicional. Mais adiante, Hans Kelsen visou

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 2013. 7ª Edição. p. 91 a 95. Editora RT.

²¹ NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 8ª Edição. Editora Método. p. 146. 2013.

limitar a interpretação da lei através de uma ciência do Direito, objetivando uma aplicação pura do direito, sem intersecções valorativas. Havia, porém, um ponto de contato com a eficácia social da norma ou interpretação, mas isso se deu em virtude de uma necessidade epistêmica visando possibilitar a imputação em detrimento da causalidade²². Com o fim da Segunda Guerra até os dias atuais, submetidos ao Estado Democrático de Direito há uma ampliação da atividade jurisdicional interpretativa, abarcando, como já consignado, a possibilidade criativa, obviamente à luz da Constituição. Bem reflete essa quadra a conclusão de Luís Roberto Barroso:

“A moderna interpretação constitucional, sem desgarrar-se das categorias do Direito e das possibilidades e limites dos textos normativos, ultrapassa a dimensão puramente positivista da filosofia jurídica, para assimilar argumentos da filosofia moral e da filosofia política. Ideias como interpretação evolutiva, leitura moral da Constituição e interpretação pragmática inserem-se nessa ordem de considerações”²³.

É essa abertura interpretativa que possibilita nos socorrermos de outros elementos a fim de possibilitar a melhor interpretação e aplicação do direito.

Por fim, após um detalhamento, ainda que sintético, é possível concluir o quão importante, à compreensão atual do direito, bem como ao presente trabalho, são os conceitos de força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e da interpretação constitucional. Essas atuais características, somadas aos conteúdos anteriores, formam o mínimo de teoria de direito constitucional necessária ao bom desempenho das atividades jurídicas.

²² KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Revista dos Tribunais. Impressão 2013.

²³ Ob. Citada item4. p. 295.

3.3. Consolidação Teórica: a construção da premissa que autoriza a utilização do modelo filosófico

Até aqui estudamos pontos gerais de direito constitucional. Todavia, cumprem essa digressão uma função salutar, isto é, legitimar positiva e cientificamente a utilização de um modelo lógico-filosófico de Aristóteles e Tomás de Aquino. Isso se faz necessário, pois o estudo filosófico aqui proposto não é o de uso retórico, ao contrário, visamos encontrar uma verdade lógica que seja aplicável ao direito positivo.

O objetivo desse trabalho é extrair do disposto no Art. 5º, XXIII – “a propriedade atenderá a sua função social”, uma verdadeira construção da proteção constitucional da posse e propor uma forma de analisar a legitimidade das decisões acerca dos conflitos entre posse e propriedade.

Isso se torna possível quando: i) O Estado Legislativo e o juiz boca da lei saíram de cena (apesar de a maioria ainda não ter assimilado tal fenômeno); ii) O Estado Democrático de Direito consolidou-se historicamente e que com isso a lei deve continência à Constituição e aos direitos fundamentais; iii) A metodologia do direito é o pós-positivismo e que aplicação do direito requer respeito incondicional da dignidade da pessoa humana, bem como que as decisões estatais dever ser aferidas à luz da proporcionalidade e a limitação aos cidadãos com observância da razoabilidade; iv) A constituição goza de força normativa e como tal é norma jurídica; v) A atividade jurisdicional atual compreende a aplicação criativa do direito e se relaciona diretamente com a ampliação das possibilidades interpretativas, sem que haja método estanque ou único. Postas todas essas premissas, nos sentimos aptos a buscar o referencial filosófico-teórico, a fim de extrairmos da nossa CRFB/88 a proteção constitucional da posse.

No próximo capítulo, portanto, passaremos a nos debruçar sobre os ensinamentos de Aristóteles e Tomás de Aquino e buscaremos identificar uma construção possível que analise a tensão entre posse e propriedade, alçada agora ao patamar constitucional, não relacionado somente com o direito social de moradia.

4. A PROPRIEDADE SEM FUNÇÃO SOCIAL E A POSSE COM FUNÇÃO SOCIAL E A SOLUÇÃO PROPOSTA PELA FILOSOFIA

Considerando a abertura interpretativa autorizada pela teoria geral do direito constitucional, buscaremos enfrentar o problema da propriedade sem função social e a posse com função social alicerçados em rigoroso suporte teórico. A legitimidade da utilização da filosofia de Aristóteles e Tomás de Aquino resta comprovada pelos capítulos anteriores.

4.1 – A Necessidade da Propriedade Privada segundo Aristóteles

Aristóteles, como assaz, estudou a questão da justiça. Entre outras categorias, chegou à conclusão de que há duas formas de se exercer a justiça²⁴: i) a justiça distributiva e a ii) a justiça comutativa. No último caso, o objeto de análise são as transferências entre os cidadãos e as possíveis reparações decorrentes de eventuais danos. Por outro lado, o objeto da justiça distributiva é viabilização de distribuição de bens, sendo que tais distribuições devem guardar correlação de finalidades, isto é, o que for repartido e para quem foi repartido. Tal repartição, por fim, deve-se dar em meio a condições de igualdade. É nesse estudo que se apresenta o conhecido axioma aristotélico: tratar verdadeiramente iguais como iguais e os desiguais como desiguais na medida de suas desigualdades.

A esse estudo interessa preciosa sistematização realizada pelo filósofo acerca dos critérios para concretude da justiça distributiva, a saber: i) a condição; ii) a capacidade, iii) a aportação de bens à coletividade e iv) a necessidade. No que tange à condição, o comando lógico é o de que a distribuição deve levar em conta as condições individuais de cada membro da coletividade, sendo que cada qual pertence coisas diversas. Em relação a capacidade das pessoas, a distribuição de encargos ou funções deve-se dar de acordo com a capacidade de cada indivíduo. Adiante, quer-se entender por aportação de bens à coletividade o sentido de que é justo que quem mais aporta à coletividade deve receber mais. Traz a ideia de geração e distribuição de riquezas. Por fim, quanto à necessidade, é justo receber mais quem mais o necessite. Esse último critério deve vir combinado com a finalidade coletiva, isto é, o bem comum.

²⁴ Aristóteles. Política. Martin Claret. 13ª Reimpressão - 2013

Tal categorização é um dado curioso, pois revela, já nessa época, um direito atento as demandas sociais, ao contrário de um individualismo liberal que se possa imaginar. A justiça é o bem dos outros.

Da combinação dos critérios, Aristóteles enfrentou diversos problemas, entre eles o que se ocupa esse trabalho: a propriedade privada. Em sede de conclusão, propõe ele uma combinação de argumentos para justificar a propriedade.

Primeiramente, desenvolveu a propriedade enquanto atributo de uma casa. A realização do governo de uma casa necessita da propriedade para desempenhar tal função, viabilizando, por exemplo, o sustento. Em seguida, os estudos avançam no sentido da relação entre propriedade, indivíduo e a cidade, visando o seguinte alvo: a propriedade deve mesmo ser privada? A tal questão, as categorias lógicas subjacentes são as de que²⁵: i) a propriedade comum dá origem a discussões e reclamações sobre o modo de distribuir as coisas; ii) a propriedade comum favorece a negligência de cada um no tratamento das coisas de todos e, pelo contrário, a propriedade privada estimula que cada um se dedique ao que lhe é próprio; iii) a propriedade privada favorece a amizade, pelo prazer que constitui em ajudar aos amigos; iv) a propriedade privada estimula os prazeres naturais, em particular o amor próprio e v) a propriedade privada viabiliza o exercício das virtudes como a generosidade. Por todas essas conclusões resta claro que o modelo admitido de propriedade em Aristóteles é o da propriedade privada.

Assentado que o regime teórico admite como legítima a adoção da propriedade particular, impende agora levantar quais seriam os limites a esse direito e em que medida a posse com função social pode constituir verdadeira limitação ao direito de propriedade.

A grande questão é a de que apesar de admitir a propriedade privada, Aristóteles é proprietário de mais um conhecido axioma: a primazia do bem comum face aos interesses privados. Dessa forma, o regime privado da propriedade se vê limitado pela análise de sua finalidade e respeito ao interesse público. Foi em *Ética à Nicômaco* que ele analisou o atributo da finalidade das coisas:²⁶

“Se, em nossas ações, há algum fim que desejamos por ele mesmo e os outros são desejados só por causa dele, e se não

²⁵ BRITO, Miguel Nogueira de. A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional. Coimbra. Almedina, 2007.

²⁶ Aristóteles. *Ética à Nicômaco*. 3ª Edição. Martin Claret. p. 17 e 18.

escolhemos indefinidamente alguma coisa em vista de uma outra (pois, nesse caso, iríamos ao infinito e nosso desejo seria fútil e vão), é evidente que tal fim só pode ser o bem, o melhor dos bens. Se assim é, devemos abarcar, pelo menos em linhas gerais, a natureza do Bem e dizer de qual saber ele provém. (...) A política se serve das outras ciências práticas e legisla sobre o que é preciso fazer e do que é preciso abster-se; assim sendo, o fim buscado por ela deve englobar os fins de todas as outras, donde se conclui que o fim da política é o bem propriamente humano. Mesmo se houver identidade entre o bem do indivíduo e o da Cidade, é manifestamente uma tarefa muito mais importante e mais perfeita conhecer e salvaguardar o bem da cidade, pois o bem não é seguramente amável mesmo para um indivíduo, mas é mais belo e mais divino aplicado a uma nação ou à Cidade”.

Aqui é possível encontrarmos um primeiro limite da propriedade privada, isto é, a submissão ao bem da Cidade, ao bem comum. Notável conclusão é a proposta por Vicente de Paulo Barreto e Mauricio Mota “Para Aristóteles não há virtude sem propriedade, mas, ao mesmo tempo, não há propriedade sem virtude.²⁷”.

Assim sendo, todas as premissas aristotélicas que fundamentam a necessidade da propriedade privada se assentam não em uma hipótese individual, ao contrário, se faz no sentido de proteger os interesses coletivos. Essa é a razão da existência do regime da propriedade privada.

²⁷ Por que estudar filosofia do direito? ENAFAM – Brasília, 2011. 1º Edição. P. 249.

4.2. O dever de uso segundo Tomás de Aquino.

Posteriormente, Tomás de Aquino também desenvolveu o tema, onde ao final extrairemos mais um importante limite a propriedade privada. Quanto a questão do interesse público, são suas notas²⁸:

“A sociedade desfruta, pois de uma superioridade ontológica sobre o indivíduo. É graças a ela, com efeito, que o homem pode conservar-se, e expandir as fontes de sua natureza; o homem necessita do concurso da sociedade para ser plenamente homem. É graças a ela ainda que o homem pode desenvolver suas qualidades especiais e individuais como artesão, patrão, magistrado, homem político. Em uma palavra, a sociedade, na sua complexidade, realiza a perfeição máxima da espécie. Ela tem, pois valor em si e por si; ‘Ela é soberanamente digna de ser amada’, e seu bem, sendo o bem da espécie, a coloca acima do bem dos indivíduos”.

Assim, o ilustre filósofo, conforme sabidamente noticiado, buscou, entre outros objetivos, desenvolver e estudar a filosofia aristotélica, concordando inclusive quanto à superioridade da sociedade frente ao indivíduo. Tais estudos, por sua vez, chegou também à questão da propriedade privada, notadamente na Questão 66 as Suma Teológica. II. II. V. 6, questionando, basicamente, se é natural o homem possuir as coisas? A essa resposta, partiu de uma premissa ontológica, tal como fez na relação acima entre sociedade e indivíduo, no sentido de atribuir ao ser humano algo mais perfeito do que as coisas, sendo, dessa forma, legítimo, dado sua capacidade intrínseca, a utilização para os fins que

²⁸ Aquino, Tomás de. Suma Teológica. I. II. V. 4. São Paulo: Edições Loyola, 2005 q. 90, a.2.

as coisas se destinam. Nesse ponto, há concordância com Aristóteles, ou seja, o regime da propriedade privada é uma necessidade social e uma possibilidade ontológica.

Todavia, apesar de, a partir de uma realidade ôntica ser legítimo ao homem possuir os bens, na mesma reposta, o filósofo impõe duas atribuições decorrentes dessa possibilidade: i) o poder de gerir e ii) o dever de uso. O poder gerir confere ao homem a possibilidade de adquirir e dispor dos bens. Tal possibilidade possui natureza de fundamentalidade à vida, pois, em primeiro lugar, o homem tende a melhor administrar àquilo que lhe pertence. Em segundo lugar, a administração individualizada gera maior cuidado na manutenção das coisas. Por fim, em terceiro lugar, quando cada um cuida do que é seu a paz reina. Dessa forma, até aqui, ainda que com conteúdo variável, Tomás de Aquino concorda com Aristóteles: a propriedade privada é uma necessidade. Mais uma vez, todavia, pelas razões já lançadas alhures, tal propriedade deve continência ao bem comum, isto é, a sociedade.

De outro modo, é no dever de uso que reside, quiçá, a maior limitação ao direito de propriedade. Tomás de Aquino vê o dever de uso como uma importante premissa a fim de alcançar o equilíbrio entre as coisas, no qual o bem haja coincidência entre o poder de utilização e as necessidades da sociedade. Concretizando os postulados do filósofo, conclui Vicente de Paulo Barreto e Mauricio Mota “O tratamento da propriedade não é completo sem a direção externa e inclinação pela qual o direito de uso da propriedade está necessariamente obrigado²⁹”. Esse elemento do dever de uso é um salto qualitativo em relação a análise aristotélica, salto este que emancipa filosoficamente a posse com função social a um quadro de maior importância que a propriedade sem função social. Assim, em linha de conclusão da questão, dispõe o filósofo³⁰:

“‘Poder’ e ‘uso’ formam uma espécie de dupla instância do mesmo direito-dever do qual o homem está investido, no plano ético e jurídico”.

À guisa de conclusão, salutar é a conclusão proposta por Aldo Francisco Migot,³¹ apoiada em Tomás de Aquino, no seguinte sentido:

²⁹ Ob, cit. Item 24. p.257

³⁰ Aquino, Tomás de. Suma Teológica. II. II. V.6. op. Cit. P. 158, nota d.

³¹ MIGOT, Aldo Francisco. A propriedade: natureza e conflito em Tomás de Aquino. Caxias do Sul: EDUCS, 2003, p.83.

“Os bens que o homem tem são legítimos desde que tenham a finalidade de lhe garantir um espaço vital digno e suficiente para a vida pessoal e social. Se os bens, por direito natural, pertencem a todos, cada indivíduo tem direito a sua parte, sem o que não se cumpriria a destinação universal, ao menos se se considerar que possuir e desfrutar tudo em comum não é prescrição de direito natural, nem é possível na prática. Tudo o que ultrapassa a necessidade do espaço vital e tudo aquilo que não é bem administrado ou que, por qualquer razão, pela extensão ou mau uso, prejudicar a outrem, deve ser submetido aos critérios da comunidade, isto é, do bem comum. Salientando que o comum e o que é direito de todos, segundo Tomás, é sempre prioritário”.

Dessa forma, conforme sustentado tanto por Aristóteles, quanto por Tomás de Aquino, a propriedade privada, é a forma tida como mais adequada por que nela que se consubstancia a concretização das necessidades sociais e não um fim em si mesmo, fazendo dos que possui proprietários não livres de quaisquer ônus. É por essa razão, mais uma vez, que a propriedade privada é para o bem da comunidade, que Tomás de Aquino deu um salto na análise para impor ao proprietário o dever de uso, construindo, com isso, a legitimidade da propriedade privada. Tal uso, não é no sentido estrito, mas sim alargado, abrangendo, inclusive, o sentido do bem administrar. Pode-se ser proprietário, mas esse poder possui a imposição do uso adequado. Ausente esse uso, e a finalidade da propriedade sendo atingida pelas mãos da comunidade (posse com função social), resta claro que está deverá sair vencedora, haja vista que a propriedade privada não foi teorizada para conferir títulos estanques, ao revés, foi teorizada com a finalidade última de conferir o bem e a paz da comunidade, sendo que só então a propriedade será legítima.

5. CONCLUSÃO.

Objetivo desse trabalho foi o de apreciar a conflituosidade inerente a questão da posse e da propriedade, porém, sobre outra perspectiva. A verdade é que o direito brasileiro ainda não assimilou o regime constitucional da função social da propriedade. A análise do caso concreto requer uma apreciação mais acurada, notadamente diante das possibilidades interpretativas da Constituição Federal.

A conclusão instrumental que sustentamos é a de que há uma prevalência da posse com função social em detrimento da propriedade sem função, diante dos seguintes fundamentos.

A dogmática contemporânea confere ao texto constitucional a natureza de norma jurídica. Tal realidade vem confirmada pela força normativa da constituição. Dada essa realidade, a jurisdição constitucional foi expandida, bem como a atividade interpretativa ganha novo redimensionamento. Entre essa nova construção ganha relevo ferramentas como o princípio da dignidade da pessoa humana, bem a proporcionalidade e razoabilidade. Em comum, tem o fato de que consubstanciam verdadeiras complexidades jurídicas que visam conferir maior rigor e racionalidade às decisões judiciais.

Pois bem. Diante desse cenário teórico, um importante, urgente e relevante conflito têm sido tratado de forma reducionista e simplista. A verdade é que diversas são as ordens judiciais que despejam comunidades inteiras simplesmente por que o proprietário apresenta um título de propriedade privada. Fica claro, portanto, que tal enfrentamento não vai à mesma direção da complexidade da ciência atual.

Diante disso, encontramos na filosofia aristotélica os fundamentos pelos quais se sustentam o regime da propriedade privada. Por incrível que pareça, pelas razões já apresentadas, a propriedade privada é uma necessidade do bem estar social, pois o tratamento e cuidado é maior quando cada uma cuida do que é seu em detrimento do fato de todo mundo ser dono de tudo e o dever de cuidado restará negligenciado.

Adiante, Tomás de Aquino, analisando a filosofia de Aristóteles, concordam em uma importante premissa: há prevalência ontológica da sociedade perante o indivíduo, daí falar em preferência do interesse público perante o privado. Abaixo dessa premissa, em relação à propriedade privada, o nobre aquinate, mais uma vez, virá a

concordar com Aristóteles, porém, dá um salto na análise. De fato o regime da propriedade privada é uma necessidade social, porém, ao lado desse direito vem junto um dever, isto é, o dever de uso. Esse uso contempla qualquer forma de administração, seja em forma de locação ou uso propriamente dito. Mas fica claro que a propriedade deve possuir um mínimo de administração. É, portanto, nesse exato momento que nos deparamos com a construção da legitimidade da propriedade, que terá, dessa forma e por sua vez, a tão buscada função social disposta em nosso Texto Constitucional.

Todavia, a falta desse uso (uso em si ou administração) viola a prerrogativa do direito de propriedade privada e a paz que fundamenta o domínio individualizado restará rompida. Nesse momento, torna legítima a tomada do bem pela comunidade, visando o restabelecimento da paz e do bem comum, concretizando, inclusive um preceito constitucional.

Dessa forma, diante dessa derivação lógica, perfeitamente possível de se subsumir ao disposto no Art.5, XXIII, da CRFB/88, entendemos ser indispensável que, antes de determinar os despejos simplesmente por que se está diante de um título de propriedade, que só existe em função do bem social, necessário se faz perscrutar acerca do uso e destinação conferida a tal propriedade. Em caso de mau uso, a posse com função social deverá ser protegida e mantida em detrimento da propriedade sem função social. É a conclusão que entendemos ser sustentável.

BIBLIOGRAFIA

- AQUINO**, Tomás de. Suma Teológica. II. II. V.6. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
_____. Suma Teológica. I. II. V. 4. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- ARISTÓTELES**. Política. Martin Claret. 13º Reimpressão - 2013
_____. Ética à Nicômaco. 3º Edição. Martin Claret – 2008.
- ÁVILA**, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios. 13º Edição, Malheiros.
- BARRETO**, Vicente de Paulo e **MOTA**, Maurício. Por que estudar filosofia do direito? ENAFAM – Brasília, 2011. 1º Edição.
- BARROSO**, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 3º Edição, 2012, Editora Saraiva.
- BRITO**, Miguel Nogueira de. A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional. Coimbra. Almedina, 2007
- HESSE**, Konrad. A Força Normativa da Constituição. 1991-Editora Livraria do Advogado
- KANT**, Immanuel. Fundamentação à metafísica dos costumes. Coleção 70 Textos Filosóficos Edições 70, Tradução Paulo Quintela.
- KELSEN**, Hans. Teoria Pura do Direito. Revista dos Tribunais. Impressão 2013.
- MAIA**, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo, Revista Hermenêutica Jurídica, 2004.
- MARINONI**, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 2013. 7º Edição. Editora RT
- MIGOT**, Aldo Francisco. A propriedade: natureza e conflito em Tomás de Aquino. Caxias do Sul: EDUCS, 2003.
- NOVELINO**, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 8º Edição. Editora Método. 2013
- OLIVA**, Alberto. Filosofia da Ciência, 3º Reimpressão. 2012, Editora Zahar
- STF-ADI (MC) 2.667/DF**, rel. Ministro Celso de Melo, 16.08.2002.

Sites e Relatórios:

http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados_subnormais/tabelas_pdf/tab2.pdf

<http://www.onu.org.br/cidades-al-caribe-2012/>