

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A POSSE E A PROPRIEDADE NO DIREITO VIRTUAL

ALEXANDRE DINIZ GUIMARÃES

RESUMO

O objetivo com este artigo é apresentar alguns questionamentos e possíveis soluções a respeito de posse e propriedade no Direito Virtual. O Código Civil de 2002 consagra a natureza de bem móvel às energias de valor econômico. Com base nessa premissa, nas indagações lançadas questiona-se, por exemplo: É possível ao usuário de *site* de busca gratuito da internet exigir proteção possessória em caso de interrupção do serviço por ter se tornado oneroso, ou seja, remunerado. Seria possível o usucapião do direito de uso depois de preenchidos os requisitos legais? Seria possível também o usucapião do direito de uso de *e-mail* gratuito depois de completado o lapso temporal *ad* prescrição aquisitiva? Poderia o Estado utilizar a desapropriação ou a requisição administrativa de conteúdo dos *sites* educacionais para escolas públicas? Tais indagações foram abordadas neste artigo, no qual se pretende, também, suscitar um debate a respeito de aspectos novos no Direito Virtual.

ABSTRACT

The purpose of this article is present some questions and possible solutions concerning tenure and ownership in Virtual Law. The Civil Code of 2002 ratifies the nature of personal property to the energies of economic value. Based on this premise, the inquiries introduced in the article question, for example: Is it possible for the user of a free Internet search engine site to claim possessory protection in the event of interruption of service for it having become onerous or, in other words, a paid service? Could usucaption of the right to use be possible after fulfilling the legal requisites? Could usucaption of the right to use free e-mail also be possible after the duration of prescriptive acquisition has lapsed? And could the State make use of expropriation or administrative demand of the contents of educational sites for use in public schools? Such inquires have been approached in this article, whose main objective is to stimulate a debate with respect to new aspects in Virtual Law.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo com este artigo é refletir sobre alguns temas emergentes do Direito Virtual, quando relacionados com as regras legais que disciplinam o instituto da posse e da propriedade no Direito brasileiro. Em outras palavras, o que aqui se pretende é verificar se as antigas – porém ainda muito eficazes – normas que disciplinam os direitos reais, protetoras de bens eminentemente corpóreos, consagradas, sobretudo, no Livro III do Código Civil brasileiro de 2002 (Lei n. 10.406, de 10/1/2002), poderiam ter aplicabilidade em ramo tão novo da ciência jurídica quanto o Direito Virtual.

Assim, questões relativamente novas e talvez até inéditas, em alguns casos, relativas à proteção possessória de arquivos eletrônicos, da qualificação jurídica do usuário da internet, da possibilidade de usucapião sobre o *uso* de determinado conteúdo ou de *e-mail* grátis, da função social da propriedade imaterial e até da possibilidade de desapropriação de determinados bens incorpóreos de interesse coletivo, serão aqui colocados em exame e reflexão.

De qualquer modo, é importante esclarecer, todavia, que não se alimenta a mais tênue intenção de esgotar os assuntos que aqui serão tratados ou aprofundar-se neles, mas muito mais instigar a reflexão e a pesquisa, cada vez mais desafiadoras, com alguma modesta contribuição doutrinária.

Portanto, os tópicos seguintes tratarão de indagações específicas emergentes do estudo da posse e da propriedade no Direito Virtual, com análise interdisciplinar dos dois ramos do Direito com base no exame de questões concretas para debate.

2 POSSE E PROPRIEDADE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Posse e propriedade são institutos que sempre guardaram entre si estreita relação e proximidade, embora conservando cada um deles regramento jurídico próprio. O Professor Sílvio de Salvo Venosa lembra a lição de Ihering: “Como descreveu o grande mestre alemão, a propriedade sem a posse seria o mesmo que o tesouro sem a chave que o abrisse, a árvore frutífera sem a escada que colhesse os frutos.”¹ E para o desenvolvimento deste artigo é necessária uma rápida análise do tema, pelo menos sob seu o ponto de vista normativo.

O Código Civil Brasileiro, em seu art. 1.196, define o possuidor como “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Por seu turno, os poderes inerentes à propriedade são os elencados no art. 1.228 do Código: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

O Professor Luiz Roldão de Freitas Gomes preleciona que “O Código Civil Brasileiro, diversamente dos Códigos Civis francês e austríaco, fiel à orientação que seguiu, à semelhança dos Códigos Civis suíço, alemão, italiano e do atual Código Civil português, não conceitua o direito de propriedade. Indica-lhe apenas o conteúdo, mencionando os poderes que nele se contém”.² Dessa forma, verifica-se que para ser possuidor não é necessário o exercício de *todos* os poderes inerentes à propriedade (*jus utendi, jus fruendi, jus abutendi* e a *rei vindicatio*), bastando apenas o exercício de *um* deles para se atribuir a alguém a condição de possuidor, conforme consta da dicção clara do art. 1.196 do Código Civil.

Portanto, podem ser considerados possuidores do bem: o usuário que o utiliza (*jus utendi*), aquele que, mesmo não sendo o dono da coisa nem estando na posse

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*, v. V, p. 44.

² GOMES, Luiz Roldão de Freitas. O estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro. *Revista Forense*, p. 25.

direta dela pode igualmente sê-lo (*jus fruendi* – v.g., aquele que invade imóvel alheio, adquire a posse com *animus domini* e o aluga a terceiro) e também aquele que continua mantendo, ainda que a distância, o poder de disposição ou de criar gravame real sobre a coisa (*jus abutendi*) ou o direito de reivindicá-la de quem quer que injustamente possua ou apenas detenha a coisa (*rei vindicatio*).

Para este artigo, interessa, principalmente, a análise do *jus utendi* (direito de usar), forte por si só para atribuir a alguém a condição de possuidor, e, com base nessa premissa, verificar se o usuário de páginas de internet, de arquivos eletrônicos ou de *e-mail* poderia, nessa condição, avocar em seu favor a proteção dos interditos possessórios ou até de usucapião sobre *direito de uso* exercido durante certo lapso temporal, com os requisitos exigidos por lei, para lhe ser atribuída a prescrição aquisitiva.

3 POSSE E PROPRIEDADE DE BENS IMATERIAIS

No que tange à propriedade de bens imateriais, o tema não desperta qualquer novidade, uma vez que a legislação e a doutrina são unânimes em consagrá-la. Já em relação à posse, o Código Civil de 1916, ao definir o possuidor, afirmava que “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade”. O Código atual eliminou a palavra “domínio”, mantendo apenas a “propriedade” (art. 1.196). Tal supressão veio, na verdade, eliminar antiga e pouco útil controvérsia sobre se a posse deveria incidir apenas sobre bens corpóreos ou também sobre bens incorpóreos.

O termo “propriedade” alcança tanto o poder sobre bens corpóreos quanto sobre o de bens incorpóreos. A respeito do tema, o Professor Marco Aurélio Bezerra de Melo esclarece a opção do novo legislador, ao afirmar:

12. Supressão da palavra *domínio*. No Código anterior, por emenda do grande Rui Barbosa ao projeto de Clóvis Beviláqua, foi

incluída a palavra *propriedade*, de significação mais ampla, a fim de que fosse permitido tutelar a posse de direitos. No Código atual foi suprimida a palavra *domínio* por sua total inutilidade prática no direito anterior, de vez que se a *propriedade* é palavra mais ampla a contemplar inclusive a posse de direitos, a referência é totalmente despicienda. O fato é que continua sendo possível exercer posse sobre bens incorpóreos, tal como acontece, *v.g.* com o uso de linha telefônica e o direito de marcas e patentes. Sabido, entretanto, que para proteção de direito autoral, inviável a tutela possessória, tendo cabida a ação indenizatória (Súmula 228, STJ). O novo Código Civil parece confirmar o acerto de Rui Barbosa.³

De fato, não é necessário adentrar em maiores pesquisas para se vislumbrar a inequívoca possibilidade da posse incidente sobre direitos. O próprio Código Civil de 2002, a exemplo do anterior, prevê, *v.g.*, a possibilidade de usucapião de servidão de trânsito aparente (art. 1.379, parágrafo único).

Cuida-se, na verdade, da possibilidade de usucapir o *direito (incorpóreo) de usar* determinado caminho no prédio serviente cujo exercício incontestado, contínuo e público da posse, por dez anos com justo título ou por vinte anos sem justo título, autoriza o titular postular a prescrição aquisitiva.

Note-se que, no exemplo examinado, não se confere ao titular o usucapião⁴ da propriedade da estrada ou do caminho localizado no prédio serviente. O que o possuidor adquire, apenas e tão-somente, o *direito de passar*, que não poderá ser mais questionado, mantendo-se integralmente a propriedade do solo com o dono do prédio serviente.

O Supremo Tribunal Federal, em abono dessa tese, editou a Súmula n. 415, que afirma: “Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória”.

³ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo código civil anotado: direito das coisas* (art. 1196 a 1510), v. V, p. 4.

⁴ Prefiro usar a palavra *usucapião* no masculino, por ser da tradição de nosso Direito e já consagrado na doutrina, embora no gênero feminino seja igualmente correto, aliás tendo sido esta última a opção do legislador de 2002.

Também o usufruto pode ser adquirido por usucapião e confere proteção possessória ao usufrutuário. Arnaldo Rizzardo preleciona, a propósito, que “o usufruto adquirido por usucapião, restrito à aquisição da propriedade a *non domino*, e verificável quando aquele que transfere ou concede o usufruto não tem a propriedade sobre o bem”.⁵

Portanto, o exercício apenas do *jus utendi*, mesmo destituído de qualquer vínculo com o direito de propriedade eventualmente correlato, revela-se suficientemente capaz de atribuir a alguém a condição de possuidor, com todas as prerrogativas e também deveres que tal condição lhe impõe.

Nessa ótica é que têm início as indagações a respeito da condição de possuidor que o usuário de bens e serviços imateriais pode ostentar, até mesmo virtuais, com os efeitos previstos em lei.

4 O USUÁRIO DE INTERNET PODE SER CONSIDERADO POSSUIDOR DO CONTEÚDO DE PÁGINA DE *SITE*?

Iniciaremos este tópico com a indagação e o exame do seguinte questionamento: aquele que durante cinco anos usa, de forma mansa, pacífica e ininterrupta, um *site* de busca ou de pesquisa gratuito, disponível em página da internet, poderia postular proteção possessória ou até usucapião do *direito de uso* se o titular da página informasse que, a partir de determinada data, as consultas seriam apenas remuneradas e houvesse necessidade de pagamento para o direito de acesso exclusivo ao seu conteúdo?

E ainda: o usuário de *e-mail* gratuito que, durante cinco anos ininterruptos, utiliza como dele, com exclusividade, determinado endereço eletrônico poderia também se valer da sua condição de possuidor para postular proteção possessória (concessiva

⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*, p. 942.

ou preventiva), ou mesmo usucapião do *direito de uso* gratuito, se o proprietário do *site* pretender tornar o acesso remunerado?

4.1 Análise da primeira indagação

4.1.1 Energia de valor econômico como bem móvel

Vários são os desdobramentos emergentes das perguntas. Inicialmente, é importante verificar que o Código Civil de 2002 estabeleceu que “as energias que tenham valor econômico” são consideradas bens móveis (*verbis*):

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:
I – as energias que tenham valor econômico;
[...].

O Professor Carlos Alberto Rohrmann ensina a respeito das energias armazenadas: “Uma importante inovação do Código Civil foi estender o conceito de bem móvel às “energias que tenham valor econômico”. É inegável que os arquivos digitais de computador são “energia armazenada”, seja em meio magnético (discos flexíveis de computador do tipo “disquetes” ou discos rígidos de computador do tipo HDs), seja em meio ótico (discos tipo CD)”.⁶ Da mesma forma, parece lícito concluir que também os conteúdos de *sites* da internet igualmente são energias que possuem valor econômico e, portanto, são bens móveis.

Por seu turno, o Código Civil brasileiro, ao regulamentar a aquisição da propriedade móvel, estabelece, em seus arts. 1.260 e 1.261, o usucapião como uma das formas de aquisição (*verbis*):

⁶ ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de direito virtual*, p. 195.

Art. 1.260. Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.261. Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião, independentemente de título ou boa-fé.

A primeira dificuldade encontrada reside em saber que o titular da página de internet disponibiliza aos seus usuários *bem* ou *serviço*. Tratando-se de *bem* (móvel, considerando o seu caráter de energia com valor econômico), não há dúvida, em princípio e teoricamente, da possibilidade do recurso aos interditos possessórios e mesmo ao usucapião, pelo titular do direito de uso. Todavia, cuidando-se de *serviço*, poder-se-ia objetar alegando que, sendo um serviço, seria inconcebível cogitar a proteção possessória ou de usucapião sobre determinado *serviço*, porquanto a posse e a propriedade incidem somente sobre *bens*, sejam eles móveis, imóveis ou incorpóreos.

Todavia, o Professor Carlos Alberto Rohrmann lembra, com muita propriedade, que a jurisprudência brasileira já pacificou entendimento, até mesmo sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, da possibilidade de usucapião do uso de linha telefônica. Diz o Professor:

Embora o STJ não admita a proteção possessória de direitos autorais, há algumas situações interessantes no caso das linhas telefônicas. Existe, no direito brasileiro, a possibilidade de se usucapir o direito de uso de linha telefônica. Deste direito decorre, logicamente, que existe posse do direito de uso da linha telefônica, o que abre margem para uma interpretação no sentido de que seria possível a proteção possessória também para os arquivos de computador.

Nota-se que a justiça brasileira já pacificou o tema da possibilidade de se conceder proteção possessória no caso de linhas telefônicas, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça sumulou que o direito do uso de linha telefônica é susceptível de aquisição por usucapião (súmula 193 do STJ – ‘O direito de uso de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião’).⁷

⁷ ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de direito virtual*, p. 196.

Por seu turno, Arnaldo Rizzardo esclarece:

O usucapião é ao direito real de uso da linha telefônica ou do telefone, e não da linha telefônica, que pertence à empresa concessionária. Esta não tem o direito de uso, que é transferido ao assinante, mas apenas da linha.

Trata-se de uso de coisa móvel em função do art. 83, incs. I e II (art. 48 do Código anterior), que estabelece serem móveis, para efeitos legais, a energia que tenha valor econômico e os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes. Se a assinatura de um telefone confere ao respectivo titular o direito de uso de objeto móvel, evidentemente o uso também será direito real sobre bem móvel, aplicando-se o prazo prescricional de cinco anos, segundo se firmou no entendimento doutrinário e jurisprudencial. [...]

Proprietária da linha telefônica é a empresa concessionária e não o assinante, ao qual aquela cedeu tão-somente a faculdade de uso por força de contrato. Logo, inadmissível afigura-se a propositura de ação de usucapião para declarar-se, em favor da demandante, a propriedade sobre a linha telefônica, da qual é assinante, por força de contrato, terceira pessoa.⁸

Verifica-se, portanto, que a possibilidade do usucapião sobre direito de uso de linha telefônica, que é por excelência um *serviço* colocado à disposição dos usuários pela concessionária de telefonia, acena para a possibilidade de se estender, por analogia, a prescrição aquisitiva também para o direito de uso de outros serviços, até mesmo aqueles disponibilizados por *sites* de busca gratuitos pela internet.

4.1.2 A natureza exclusiva da posse

Outra dúvida ainda emerge de forma natural ao exame do caso. Se a posse *ad usucapionem* pressupõe exclusividade, como pretender que um *site* freqüentado diariamente por milhares (ou quiçá milhões) de pessoas possa gerar posse a um usuário específico, com os efeitos jurídicos que dela decorrem?

⁸ ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de direito virtual*, p. 365.

Washington de Barros Monteiro, apesar de admitir a existência da composses, faz a ressalva inicial no sentido de que,

realmente, em princípio, torna-se inegável o caráter exclusivo da posse. Dessa exclusividade decorre que diversas pessoas não podem possuir a mesma coisa de modo integral e simultaneamente, de forma que cada uma possa dispor da coisa inteira, com exclusão das demais.⁹

Nélson Rosenvald salienta o caráter de exceção que representa a composses: “Composses é uma situação excepcional consistente na posse comum e de mais de uma pessoa sobre a mesma coisa, que se encontra em estado de indivisão (art. 1.199, CC)”.¹⁰

No caso do usucapião do direito de uso de linha telefônica, resta clara a exclusividade do possuidor da linha, que se impõe *erga omnes* e se apresenta à coletividade como seu titular exclusivo; todavia, cuidando-se de *sites* acessados diariamente por milhares de pessoas, seria difícil ou mesmo impossível vislumbrar qualquer exclusividade.

A composses, no entanto, encontra-se expressamente consagrada no art. 1.199 do Código Civil brasileiro, e não são raras as hipóteses que a doutrina aponta sua ocorrência, como se dá, por exemplo, nos casos de bens pertencentes a cônjuges casados no regime da comunhão de bens (aliás, mesmo na separação de bens não se afasta, de modo algum, a possibilidade da composses) ou entre herdeiros antes da partilha.

Note-se. Ainda, que, conforme aqui já registrado, a legislação brasileira prevê expressamente a possibilidade do usucapião de servidão de trânsito aparente que, na verdade, nada mais é do que a aquisição do direito real de uso de parte do prédio serviente pelo prédio dominante, consistente na passagem por estrada ou caminho em favor do titular do direito.

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*, v. 3, p. 74.

¹⁰ ROSENVALD, Nélson. *Direitos reais*, p. 230.

Por outro lado, também nada impede a constituição da servidão de trânsito em favor de *um ou mais* prédios dominantes. Na verdade, é possível que determinada estrada, ou caminho, em área rural seja usada por mais de um vizinho, incidindo, na espécie, com posse e duplo direito real sobre coisa alheia (*jus in re aliena*). A propósito do tema, esclarece o Professor Arnaldo Rizzardo: “Mais de um prédio pode ser beneficiado pela servidão. Nada impede a instituição em benefício de diversos imóveis, bem como seja ela estabelecida sobre vários fundos servientes”.¹¹

Na hipótese ora aventada, portanto, se a legislação brasileira admite a composses pelo *uso* simultâneo de dois titulares da servidão de trânsito, que poderão exercer atos possessórios, até mesmo a utilização dos interditos e usucapião, não parece correto afastar o mesmo raciocínio para os usuários de página de internet apenas porque o número de usuários e acessos é infinitamente maior.

Pretender estabelecer uma quantificação puramente numérica de determinados bens dados ou de usuários como critério jurídico diferenciador, científico, *data venia*, não parece a forma mais correta de aplicação do Direito. Se a lei admite que mais de uma pessoa pode exercer posse simultânea sobre determinada coisa, não importará se o número de possuidores venha a ser dois ou três apenas, ou dois milhões. Dessa forma, a intensidade de acesso ao *site* não é fator inibidor da proteção possessória e dos demais efeitos que da posse decorrem.

4.1.3 Prova

Outra dificuldade que também surge refere-se à prova do acesso. Como poderá o usuário provar que exerceu posse mansa, pacífica e ininterrupta pelo prazo de cinco anos de determinado *site* gratuito de busca?

¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*, p. 876.

O Professor Carlos Roberto Gonçalves esclarece:

A regulamentação dos princípios referentes à prova é encontrada no Código Civil e no Código de Processo Civil. Ao primeiro cabe a determinação das provas, a indicação do seu valor jurídico e as condições de admissibilidade; ao diploma processual civil, o modo de constituir a prova e de produzi-la em juízo. [...] qualquer meio de prova pode ser utilizado, desde que não proibido, como estatui o art. 332 do Código de Processo Civil: 'Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda ação ou defesa'. Portanto, quando o art. 212 do Código Civil enumera os meios de prova dos negócios jurídicos a que se não impõe forma especial, o faz apenas exemplificativamente e não taxativamente.¹²

Portanto, a enumeração legal dos meios de prova não é *numerus clausus*, mas, sim, *numerus apertus*, de modo que qualquer outra forma moralmente legítima poderá ser hábil à comprovação do acesso ao conteúdo do *site* na internet. Não se pode negar, é bem verdade, a dificuldade de se produzir tal prova, mas entendemos que qualquer documento impresso no qual conste referência àquele *site* de busca é meio hábil à comprovação do acesso, sem prejuízo dos demais meios de prova, até mesmo pericial e testemunhal.

Em conclusão, entendo pela possibilidade de se estenderem os efeitos da posse ao usuário de *site* de internet, tanto no tocante à proteção dos interditos, quanto à possibilidade do usucapião, desde que preenchidos, obviamente, os demais pressupostos gerais caracterizadores da posse *ad interdicta* e da posse *ad usucapionem*.

4.2 Análise da segunda indagação

A segunda indagação refere-se ao exame da possibilidade de o usuário de *e-mail* grátis socorrer-se da proteção possessória ou mesmo do usucapião (após cinco

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*, v. I, p. 486-487.

anos de posse) relativo ao *direito de uso* do *e-mail*, se porventura o titular do serviço pretender vir a cobrar por ele.

Nessa hipótese, a resposta não parece oferecer maiores dificuldades, quanto à sua negativa.

Isso porque, ao se cadastrar como usuário de *e-mail* grátis, o interessado preenche uma série de dados pessoais e celebra um *contrato eletrônico* que lhe é apresentado e no qual aceita ou não as condições que lhe são oferecidas.

Em todos os contratos pesquisados,¹³ há cláusula expressa reservando à fornecedora do serviço de *e-mails* grátis o direito de modificar e o de cancelar a qualquer tempo o contrato, por ato unilateral da titular do *site*.

Tal natureza contratual do ajuste afasta, de forma absoluta, qualquer eventual posse *ad usucapionem* porventura existente, transformando em direito pessoal a relação negocial das partes.

Darcy Bessone de Oliveira Andrade, com sua notória autoridade de jurista emérito, traça em linhas gerais a distinção entre direito real e direito pessoal:

O direito *real* consiste no *poder jurídico da pessoa sobre a coisa*, oponível a terceiros, tal é o conceito formulado pela Escola Clássica [...] . No direito *pessoal*, ao contrário, aparecem, sempre, duas figuras, a do sujeito *ativo* (credor) e a do sujeito *passivo* (devedor). [...] A segunda [*diferença*] consiste em que o *objeto* do direito real é a coisa, tomada em si mesma, enquanto no direito pessoal é uma obrigação de fazer, ou de não fazer, ou de dar.¹⁴

De qualquer modo, é importante salientar que, se por um lado a relação negocial afasta a posse *ad usucapionem*, por outro, não afasta a posse *ad interdicta*. O Professor Sílvio Rodrigues explica:

¹³ Cf. www.yahoo.com.br, www.zipmail.com.br e www.ig.com.br.

¹⁴ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Direitos reais*, p. 4.

Para que à posse se confira a proteção dos interditos, basta que ela seja justa, isto é, que não venha eivada dos vícios da violência, clandestinidade e precariedade. Assim, o titular de uma posse justa pode reclamar e obter proteção possessória contra quem quer que o esbulhe, o perturbe, ou o ameace em sua posse [...]. Dá-se o nome de posse *ad usucapionem* àquela capaz de deferir a seu titular a usucapião da coisa, se supridos os requisitos legais.¹⁵

Em outras palavras, o usuário dos serviços de *e-mails* (sejam gratuitos ou não) possui proteção possessória do uso manso e pacífico de seus arquivos e correspondências eletrônicas.

A propósito, um caso muito interessante foi o colocado pelo Professor Carlos Alberto Rohrmann, tomando por referência fatos muito próximos decididos pelos tribunais nos Estados Unidos. Confira-se:

Outro caso é a aplicação da proteção possessória para impedir o envio de *spam*. Tome-se o caso de um provedor de acesso à Internet, cujos computadores armazenam os *e-mails* ainda não lidos dos seus clientes. Seus computadores se encontram sobrecarregados por envio excessivo de mensagens oriundas de um mesmo computador. Trata-se de um prejuízo para o provedor, uma vez que os acessos aos seus computadores estariam sempre sobrecarregados pelo número excessivo de *e-mails* que são recebidos continuamente. Também aqui o provedor poderia conseguir uma ordem de proteção possessória para que aquele que envia os *e-mails* excessivos fosse proibido de turbar-lhe a posse sobre seus computadores e, por consequência, sobre os arquivos digitais.¹⁶

Diante desse exemplo, parece ser também lícito concluir que a proteção possessória se estende, ainda, ao *usuário* do *e-mail*, quando turbado em sua posse com o envio excessivo e constante de mensagens comerciais ou de outra natureza, sem qualquer solicitação, sobrecarregando demasiadamente a capacidade de armazenamento de seus *e-mails*, muitas vezes até impedindo que correspondências eletrônicas realmente importantes lhe cheguem a tempo e hora.

¹⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das coisas*, v. 5, p. 34-35.

¹⁶ ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de direito virtual*, p. 198.

Outrossim, ainda que a capacidade de armazenamento de determinados *e-mails* seja elevada e o envio em massa não comprometa a capacidade de funcionamento do sistema instalado, ainda assim não se pode negar a ninguém o direito de não querer receber constantemente qualquer correspondência comercial de determinada empresa ou pessoa; e, para tanto, não há dúvida de que a ação de manutenção de posse mostra-se um remédio adequado para a conservação da posse mansa e pacífica, incomodada ou turbada por terceiros.

5 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A INTERVENÇÃO DO ESTADO EM CONTEÚDOS VIRTUAIS

Passa-se, agora, a cuidar de um tema relativo à *propriedade* no Direito Virtual, mantendo a proposta de iniciar o desenvolvimento do tópico com um questionamento: pode o Estado, em nome do interesse coletivo e de forma unilateral, intervir na propriedade de conteúdos exclusivos de *sites* cujo acesso seja remunerado na internet para disponibilizá-los em escolas públicas? E, se positivo, quais os meios necessários para atingir esse objetivo?

Inicialmente, cumpre registrar que o direito de propriedade encontra-se assegurado em sede constitucional (art. 5º, XXII, da CF), bem como o inciso seguinte (XXIII) diz textualmente que a propriedade atenderá à sua função social.

A doutrina clássica define a propriedade como a possibilidade de exercer um poder sobre a coisa, ressaltando seu caráter de direito natural, por ser inerente ao homem a necessidade de se apropriar de bens para sua subsistência e a de sua família.

Arnaldo Rizzardo, citando lição de Darcy Bessone, afirma que “o Homem se tornou possuidor e proprietário antes que se elaborassem normas coativas e se estruturasse a ordem pública”.¹⁷

Sílvio Rodrigues, por seu turno, ressalta a existência da chamada teoria da natureza humana, “segundo a qual a propriedade é inerente à própria natureza do homem, sendo condição de sua existência e pressuposto de sua liberdade”.¹⁸

Sílvio de Salvo Venosa ensina:

Negar a propriedade individual é negar a própria natureza humana. A filosofia marxista tentou fazê-lo e frustrou-se na prática [...] A Encíclica *Mater et Magistra* do Papa João XXIII, de 1961, ensina que a propriedade é um direito natural, mas esse direito deve ser exercido de acordo com uma função social, não só em proveito do titular, mas também em benefício da sociedade.¹⁹⁷

Todas as Constituições brasileiras, sem exceção, consagraram o direito de propriedade. Com efeito, as Constituições de 1824 e 1891 asseguraram expressamente o direito de propriedade em sua plenitude, ressaltando apenas a possibilidade de desapropriação.

Na Constituição de 1934, a função social da propriedade ingressou pela primeira vez no ordenamento jurídico constitucional, havendo a Constituição seguinte, de 1937, reproduzido basicamente seu texto.

Nas Constituições de 1946 e 1967, restou estatuída a utilização da propriedade ao bem-estar social e, por fim, a atual Constituição de 1988, igualmente, consagra o direito de propriedade, e ressalta que a propriedade atenderá sua função social.

Interessante também apontar, à guisa de registro, que a Constituição de Weimar de 1919 já determinava, naquela época, que *toda propriedade obriga*. A propósito, é

¹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*, p. 79.

¹⁸ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das coisas*, v. 5, p. 81.

¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*, v. V, p. 154 e 159.

sempre oportuno render homenagens a tão avançado texto constitucional, que no início do século passado e pela primeira vez na história do Direito Ocidental, igualou homens e mulheres em direitos e obrigações, bem como filhos legítimos e ilegítimos, sem qualquer diferenciação. Em 1990, com a unificação dos Estados alemães, a Constituição atual passou a proteger expressamente a vida e os animais.

Mas por função social da propriedade entende-se o dever imposto ao titular da propriedade de destinar-lhe função compatível com suas potencialidades, em benefício próprio ou não, e sem prejuízo de interesses juridicamente protegidos de terceiros.

A definição de função social da propriedade apresentada pelo Professor Nélon Rosenvald é também digna de nota:

A locução *função social* traduz o comportamento regular do proprietário, exigindo que ele atue numa dimensão na qual realize interesses sociais, sem a eliminação do direito privado do bem que lhe assegure as faculdades de uso, gozo e disposição. Vale dizer, a propriedade se mantém privada e livremente transmissível, porém detendo finalidade econômica adequada às atividades urbanas e rurais básicas, no intuito de circular riquezas e gerar empregos.

Busca-se paralisar o egoísmo do proprietário, com prevalência de valores ligados à solidariedade social, a fim de que aquele seja guiado por uma conduta ética, pautada no respeito aos direitos fundamentais e o acesso de todos a bens mínimos capazes de lhes conferir uma vida digna.²⁰

Destarte, o direito de propriedade de conteúdos virtuais goza da proteção constitucional e deve, como qualquer direito de propriedade, atender também à sua função social.

Imaginemos, à guisa de ilustração, que determinado *site* apresente excelente conteúdo educativo para o Ensino Fundamental, com recursos altamente tecnológicos, desenvolvidos por especialistas em educação e todo dia traga novidades destinadas a estimular e otimizar o aprendizado dos alunos, com

²⁰ ROSENVALD, Nélon. *Direitos reais*, p. 18.

resultados altamente positivos para os alunos e para a própria escola. Pois bem, o acesso a tal *site* é feito exclusivamente por escolas particulares de classe média ou alta, tendo em vista alto custo que ele representa.

Por outro lado, o proprietário do *site* não concorda em celebrar contrato administrativo com o Poder Público para disponibilizar o conteúdo a escolas públicas, uma vez que os pagamentos acontecem, não raro, com atrasos e sem atualização, não havendo, outrossim, qualquer interesse na contratação.

Poderia o Estado, diante desse quadro, intervir na propriedade virtual para, unilateralmente e em nome do interesse coletivo, obrigar o particular a disponibilizar o *site* em escolas públicas? De que forma? Por desapropriação? Por requisição?

Com efeito, não pode haver qualquer dúvida quanto à possibilidade de intervenção do Estado na propriedade particular, seja ela de que natureza for, corpórea ou incorpórea, quando escudado em interesse coletivo. Diógenes Gasparini ressalta, com autoridade, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular quando preleciona:

No embate entre os interesses público e particular há de prevalecer o interesse público. Esse o grande princípio informativo do Direito Público no dizer de José Cretella Júnior (*Tratado*, cit., v. 10, p. 39). Com efeito, nem mesmo se pode imaginar que o contrário possa acontecer, isto é, que o interesse de um ou de um grupo possa vingar sobre o interesse de todos. Assim ocorre na desapropriação, na rescisão por mérito de certo contrato administrativo e na imposição de obrigação aos particulares por ato unilateral da Administração Pública, a exemplo da servidão administrativa.²¹

Quanto ao modo de efetivar tal intervenção, a desapropriação não seria o caminho mais correto, porquanto não se pretende despojar o particular da *propriedade* do *site* ou de seu conteúdo, mas apenas disponibilizá-lo em escolas públicas.

Uma solução que se vislumbra viável, talvez, seria a *requisição administrativa* que, na definição sempre didática de Celso Antônio Bandeira de Mello,

²¹ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, p. 13-14.

é o ato pelo qual o Estado, em proveito de um interesse público, constitui alguém, de modo unilateral e auto-executório, na obrigação de prestar-lhe um serviço ou ceder-lhe transitoriamente o uso de alguma coisa *in natura*, obrigando-se a indenizar os prejuízos que tal medida efetivamente acarretar ao obrigado.²²

Para Diógenes Gasparini,

em situação de urgência, ou não, e quase sempre sem o caráter de definitividade, a Administração Pública, com ou sem indenização posterior, pode utilizar bens e serviços particulares, valendo-se de atos e medidas auto-executórias, cuja obtenção, pelos procedimentos comuns, porque demorados ou dependentes da vontade do particular, prejudicaria a eficiência administrativa. É a *requisição*.²³

Portanto, independentemente do meio de que o Poder Público venha lançar mão, o importante é que dúvida não pode haver da possibilidade de imposição unilateral ao particular de disponibilizar o conteúdo exclusivo do *site* em escolas públicas.

De qualquer modo, não pode também haver dúvida de que, na espécie ora examinada, a indenização (*rectius*, remuneração) será sempre *obrigatória*, tendo em vista a necessidade inarredável de ser respeitado o direito de propriedade e da contraprestação devida ao particular, que não poderia ceder gratuitamente ao Estado o seu serviço e o seu trabalho.

Celso Antônio Bandeira de Mello, com relação à indenização na desapropriação, preleciona que, *mutatis mutandis*, se aplica à hipótese em exame

indenização justa, prevista no art. 5º, XXIV, da Constituição, é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio [...]. No valor da indenização devem ser computadas todas as despesas acarretadas diretamente por ela ao

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 762.

²³ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, p. 428.

expropriado. Com efeito, nos termos do art. 5º, XXIV, da Constituição, a indenização deve ser justa.²⁴

6 CONCLUSÃO

O modesto artigo aqui desenvolvido objetivou, fundamentalmente, trazer à discussão alguns aspectos polêmicos dos direitos reais no ambiente virtual. Muito mais do que apresentar soluções, seu escopo foi apenas o de despertar a dúvida e certo interesse no debate sempre novo e cada vez mais desafiador que o Direito Virtual vem inculcando nos estudiosos do Direito.

A ausência de literatura jurídica brasileira mais densa a respeito do aspecto interdisciplinar do Direito Virtual com outros ramos do Direito, especialmente com os Direitos Reais, a inexistência de uma legislação específica, bem como de precedentes jurisprudenciais mais abundantes, tornaram a pesquisa arriscada quanto às conclusões a que se chegou, as quais, evidentemente, não imunes de serem revistas, melhoradas ou modificadas.

Acrescente-se a tudo isso a própria e natural dificuldade que o Direito das Coisas, por si só, continua apresentando até hoje, sobretudo nos tribunais, não havendo ainda, principalmente em matéria possessória, consenso pretoriano sobre questões tão antigas quanto as que já se apresentavam antes da vigência do Código de 1916. Nunca é demais lembrar, finalmente, que o próprio Clóvis Beviláqua adverte ser o Direito das Coisas o mais desafiador, apaixonante e também o mais difícil não só do Direito Civil, mas de todo o Direito Privado, quando da apresentação de seu projeto do Código Civil de 1916. Sem dúvida, as dificuldades persistem, principalmente quando colocadas diante de um direito novo como é o Virtual, e cabe-nos a aventura – sempre arriscada – de tentar contribuir.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 740 e 743.

7 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 4.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 13-14.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. O estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 309, p. 25.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, p. 486-487.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 762.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo código civil anotado: direito das coisas (art. 1196 a 1510)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. V.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. Atualizado por Carlos Alberto Dabus Maluf. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 74.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 942.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 5, p. 34-35.

ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de direito virtual*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 195.

ROSENVOLD, Nélon. *Direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 230.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. V, p. 44.