



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DOUTORADO

PERFIL DA PROPRIEDADE CONTEMPORÂNEA¹
(DESTAQUE DA PROPRIEDADE FUNDIÁRIA)

Olindo Herculano de Menezes

Brasília, junho de 2009.

¹ Linha de Pesquisa: Direito, Estado e Sistema Jurídico.

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

OLINDO HERCULANO DE MENEZES

**PERFIL DA PROPRIEDADE CONTEMPORÂNEA
(DESTAQUE DA PROPRIEDADE FUNDIÁRIA)**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito, linha de pesquisa Direito, Estado e Sistema Jurídico.

Orientador: Professor Doutor FREDERICO
HENRIQUE VIEGAS DE LIMA

Brasília, junho de 2009.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DOUTORADO

Termo de Aprovação

A presente tese intitulada “**Perfil da Propriedade Contemporânea (Destaque da Propriedade Fundiária)**”, da autoria de Olindo Herculano de Menezes, defendida perante a banca examinadora, em 26 de junho de 2009, foi aprovada e julgada adequada para obtenção do título de **Doutor em Direito**, linha de pesquisa Direito, Estado e Sistema Jurídico.

Professor Doutor FREDERICO HENRIQUE VIEGAS DE LIMA
Orientador – Universidade de Brasília

Professor Doutor MARCUS FARO DE CASTRO
Membro – Universidade de Brasília

Professor Doutor PAULO LUIZ NETTO LÔBO
Membro – Universidade Federal de Alagoas

Professor Doutor RONALDO POLETTI
Membro – Universidade de Brasília

Professor Doutor FRANCISCO AMARAL
Membro – Universidade Federal do Rio de Janeiro

Brasília, junho de 2009

Dedico esta tese a **Deus**, primeiramente, pela graça de ter conseguido, com saúde e espírito de luta, e pela força da oração do trabalho, vencer todos os obstáculos, e não foram poucos, que se antepuseram no caminho da sua elaboração.

Dedico-a, outrossim, de modo muito especial, a **Herculano José de Menezes** e a **Antonia de Menezes**, meus pais, um casal de camponeses sertanejos que, apesar das suas escassas letras, me ensinou a pensar com a minha própria cabeça e a andar com os meus próprios pés.

Agradecimentos

Manifesto um agradecimento especial aos Professores Doutores **Frederico Henrique Viegas de Lima**, **Marcus Faro de Castro** e **Paulo Luiz Netto Lôbo**, pelas luzes que, cada um a seu modo, acenderam nos caminhos da minha pesquisa.

Resumo

Analisa a dialética cultural da propriedade, ao longo do tempo, da sua negação extremada, fator de corrupção e de todos os males da sociedade, à sua consagração incondicional, fator essencial de liberdade e de realização do homem, destacando que todas as sociedades, seja qual for o regime político, têm de lidar inevitavelmente com a disciplina das relações entre os homens sobre a partilha dos bens materiais, cujas reservas são sempre limitadas, sendo universal a ideia de propriedade.

Estuda os modelos históricos da propriedade coletiva, familiar e individual, destacando ser mais provável que tenham convivido simultaneamente ou que, em certas épocas históricas, existiu um modelo predominante, mas sem exclusão dos demais. Discute a propriedade no ideário do direito natural e do jusracionalismo, no ambiente das codificações e a propriedade como fonte de poder social.

Destaca tópicos pertinentes à propriedade fundiária no Brasil, antes da Constituição de 1988, envolvendo as ordenações do reino, o regime das sesmarias, a lei de terras de 1850, a primeira codificação civil e o paradigma patrimonialista, a ideologia individualista, a propriedade como projeção da personalidade, a propriedade na tradição do liberalismo, com direito de defesa, direito fundamental de primeira geração, e o Estado social a partir da Constituição de 1934.

Analisa a propriedade fundiária no sistema jurídico pós-1988. Conjuga o estudo com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com o direito civil-constitucional e com a função social da propriedade, destacando, nesta, a caracterização, o panorama histórico-evolutivo, a recepção jurídica no constitucionalismo moderno e a sua inserção no cenário jurídico brasileiro.

Procede à análise da ideologia da segunda codificação civil (2002) e da inversão do paradigma patrimonialista, que recoloca a pessoa humana, portadora de dignidade, no centro do sistema. Trata da Constituição de 1988, dos direitos econômico-sociais e da propriedade como direito fundamental de prestação positiva.

Afirma que todo ser humano, como tal, tem direito a um mínimo existencial de bens materiais (propriedade) que lhe assegure uma vida digna. Conclui por apontar, no sistema jurídico brasileiro, manifestações do direito à propriedade que passam pelos mecanismos

jurídicos da desapropriação por interesse social, do desapossamento social, da usucapião, do direito à moradia e pelo reconhecimento constitucional dos direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

PALAVRAS-CHAVE

Propriedade – dialética da propriedade – propriedade coletiva – propriedade familiar – propriedade individual – propriedade moderna – direito natural – jusracionalismo – primeira codificação civil – poder social – ordenações – sesmarias – lei de terras – paradigma patrimonialista – propriedade liberal – individualismo – estado social – dignidade da pessoa humana – direito civil-constitucional – função social da propriedade – segunda codificação civil – direito fundamental de primeira geração – direitos sociais e econômicos – direito fundamental de prestação positiva – mínimo existencial – direito a moradia – desapropriação por interesse social – usucapião direitos originários dos índios.

Abstract

The author assesses the dialectics of property through the ages, of its radical denial, agent of corruption and of every wrong for society, and of its unconditional consecration, vital agent of liberty and achievement of man, while stressing that every society, whatever be its political regime, will have to deal with the discipline of relations among men about partition of material goods whose reserves are always limited, while property's idea is universal.

He outlines the historical models of collective, familial and individual property, stressing that they likely must have lived together or, on some historical ages, there has been some predominant model, without excluding others. He studies property in the context of the natural law and "jusrationalism", and in the context of codifications, and property as source of social power.

He stresses likewise relevant topics about landed property in Brazil before the Constitution of 1988, covering the so-called "Ordenações" (royal laws from Portugal) and the "sesmarias" (donations by Portuguese kings of large dimensions of land for agricultural development), the 1850 Land Laws, the first civil codification and the patrimonialistic paradigm, the individualistic ideology, property as projection of personality, property in the tradition of liberalism, jointly with right of defence, fundamental law of first generation, and the social State since the Constitution of 1934.

He assesses the landed property in the juridical system after 1988 and associates this study with the constitutional principle of dignity of human person with the civil-constitutional law and the social role of property, there stressing the characterization, the historical-evolutional overview, the juridical reception in the modern constitutionalism and its insertion into Brazilian juridical setting.

In the sequency, he assesses the ideology of the second civil codification (2002) and the inversion of the patrimonialistic paradigm that replaces the dignified human person in the center of the system. He deals with the Constitution of 1988, the economical-social laws and property as fundamental law of positive right.

He states that every human being, as such, has a right to an existential minimum of material goods (property) that assure to him a dignified living. He concludes to appoint, in Brazilian

juridical system, to manifestations of right to property, that goes through the juridical mechanism of expropriation for public utility, the social dispossession, the usucaption, the right to housing, to the constitutional admission of primitive rights of indians to the land where traditionally they dwell.

KEYWORDS

Property – dialectics of property – collective property – familial property – individual property – modern property – natural law – jusrationalism – first civil codification – social power – “ordenações” (royal laws from Portugal) – “sesmarias” (donations of land for agricultural development) – land laws – patrimonialistic paradigm – liberal property – individualism – social State – dignity of human person – civil-constitutional law – social role of property – second civil codification – fundamental law of first generation – social and economical laws – fundamental law to positive right – existencial minimum – right to housing – expropriation for public utility – usucaption – primitive rights of indians.

Résumé

L'auteur analyse la dialectique culturelle de la propriété dans la suite des temps, dès la négation tout court, facteur de corruption et de tout malheur pour la société, à la consécration inconditionnelle, facteur essentiel de la liberté et réalisation de l'homme, tout en ressortissant que toute société, n'importe le régime politique, doit inévitablement s'engager dans la discipline des rapports parmi les hommes, au sujet du partage de biens matériels dont les réserves sont toujours limitées, tandis que l'idée de propriété est universelle.

Il étudie les modèles historiques de la propriété collective, familiale et individuelle, en démontrant la probabilité d'avoir ces modèles vécus ensemble, au même temps, ou, que dans quelque temps historiques, il y a eu un modèle prédominant, quoique sans exclure des autres. Il examine la propriété dans le contexte du droit naturel et du ius-rationalisme et dans le contexte des codifications, et la propriété comme source de pouvoir social.

Il fait ressortir des sujets pertinents à la propriété foncière au Brésil avant la Constitution de 1988, y compris les soi-disant "Ordenações do Reino" (statuts royaux), le régime de "sesmarias" (donations d'immenses terrains incultes, par le roi du Portugal, en ayant en vue le développement agricole), la loi agraire de 1850, la première codification civile et le paradigme patrimonialiste, l'idéologie individualiste, la propriété en tant que projection de la personnalité, la propriété dans la tradition du libéralisme, tout ensemble le droit de défense, le droit fondamental de la première génération, et l'Etat social, à partir de la Constitution de 1934.

La propriété foncière est aussi analysée dans le système juridique après 1988. Il étudie le principe constitutionnel de la dignité de la personne humaine par rapport au droit civil - constitutionnel et au rôle social de la propriété, y en ressortissant la caractérisation, le panorama historique-évolutif, l'accueil juridique par le constitutionalisme moderne et son insertion dans le contexte juridique brésilien.

Après quoi, il analyse l'idéologie de la deuxième codification civile (2002) et l'inversion du paradigme patrimonialiste qui replace la personne humaine, sujet de dignité, au centre du système. Ensuite il s'occupe de la Constitution de 1988, des droits économiques et sociaux et de la propriété en tant que droit fondamental de prestation positive.

Il affirme que tout être humain, tel qu'il est, a le droit à un minimum existentiel de biens matériels (propriété) qui lui assurent une vie digne, et conclut en indiquant, dans le système juridique brésilien, des manifestations du droit à la propriété, qui vont dès le mécanisme juridique de l'expropriation pour cause de l'utilité publique, de la dépossession sociale, de l'usucapion, du droit à l'habitation jusqu'à la reconnaissance constitutionnelle des droits originaires des indiens sur les terrains qu'ils occupent traditionnellement.

MOTS CLEF

Propriété – dialectique de la propriété – propriété collective – propriété familiale – propriété individuelle – propriété moderne – droit naturel – ius-rationalisme – première codification civile – pouvoir social – “ordenações” (statuts royaux) – “sesmarias” (donations) – loi agraire – paradigme patrimonialiste – propriété libérale – individualisme – Etat social – dignité humaine – droit civil-constitutionnel – rôle social de la propriété – deuxième codification civile – droit fondamental de la première génération – droits sociaux et économiques – minimum existentiel – droit à l'habitation – expropriation – usucapion – droits originaires des indiens resume.

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	XII
INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO I	17
INTROITO À PROPRIEDADE	17
1.1 Apontamentos Introdutórios – a Dialética da Propriedade.....	18
1.2 Modelos Proprietários – Propriedade Coletiva. Propriedade Familiar. Propriedade Individual.	36
1.3 A Propriedade no Ideário do Direito Natural e do Jusracionalismo – Ambiente das Codificações.	59
1.4 A Propriedade como Instância de Poder – Poder Social – Poder Simbólico	81
CAPÍTULO II.....	92
A PROPRIEDADE FUNDIÁRIA – TÓPICOS PERTINENTES NO SISTEMA JURÍDICO PRÉ-1988	92
2.1 Traços Históricos Relevantes	93
2.1.1 O Segmento das Ordenações Reinóis.....	95
2.1.2 A Experiência das Sesmarias.....	106
2.1.3 A Lei de Terras	121
2.2 A Primeira Codificação Civil – 1916 e o Paradigma Patrimonialista da Relação Proprietária.....	128
2.3 A Ideologia Individualista – a Propriedade como Projeção da Personalidade	145
2.4 A Propriedade na Tradição Liberal – Direito Fundamental de Defesa	158
2.5 A Constituição de 1934 e o Estado Social.....	171
CAPÍTULO III	185
A PROPRIEDADE FUNDIÁRIA – PERFIL CONTEMPORÂNEO –SISTEMA JURÍDICO PÓS-1988	185
3.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Constituição de 1988	186
3.2 Direito Civil-Constitucional – Constitucionalização do Direito Civil	215
3.2.1 Direito Civil-Constitucional – Identidade Dogmática.....	218
3.2.2 Direito Civil-Constitucional – O Desprestígio da Codificação	230
3.2.3 Direito Civil-Constitucional – Abordagem Crítica	238
3.2.4 Direito Civil-Constitucional – Repasse da Questão Terminológica.....	243
3.2.5 Direito Civil-Constitucional – A Temática da Eficácia.....	255
3.3 Prólogo à Função Social da Propriedade.....	272
3.3.1 Função Social da Propriedade – Caracterização.....	275
3.3.2 Função Social da Propriedade – Panorama Histórico-Evolutivo	286
3.3.3 Função Social da Propriedade – Recepção Jurídica	296
3.3.4 Função Social da Propriedade – Reflexões Estratégicas. Noção de Propriedade. Propriedade e Domínio. Propriedade e Propriedades	302
3.3.5 Função Social da Propriedade – Cenário Brasileiro.....	324
3.4 A Ideologia da Segunda Codificação Civil – 2002. A Inversão do Paradigma Patrimonialista.....	349
3.5 A Constituição e os Direitos Econômico-Sociais – A Propriedade como Direito de Prestação Positiva.....	360
	XII

3.6 A Titularidade de um Aporte Vital de Bens e sua Sustentabilidade Jurídico-Constitucional.....	372
3.7 Manifestações do Direito a Propriedade.....	389
3.7.1 A Desapropriação por Interesse Social.....	390
3.7.2 O Desapossamento Social	394
3.7.3 As Diferentes Modalidades de Usucapião.....	401
3.7.4 O Princípio Constitucional do Direito a Moradia.....	408
3.7.5 Os Direitos Originários da Tradicional Ocupação das Terras Indígenas. As Comunidades Quilombolas.....	418
CONCLUSÕES.....	426
4.1 Introito à Propriedade	427
4.1.1 Apontamentos Introdutórios – A Dialética da Propriedade	427
4.1.2 Modelos Proprietários – Propriedade Coletiva. Propriedade Familiar. Propriedade Individual	432
4.1.3 A Propriedade no Ideário do Direito Natural e do Jusracionalismo. O Ambiente das Codificações	435
4.1.4 A Propriedade como Instância de Poder – Poder Social. Poder Simbólico	438
4.2 A Propriedade Fundiária – Tópicos Pertinentes no Sistema Jurídico Pré-1988.....	440
4.2.1 Traços Históricos Relevantes	440
4.2.2 O Segmento das Ordenações Reinóis.....	440
4.2.3 O Segmento das Sesmarias.....	444
4.2.4 A Lei de Terras	448
4.2.5 A Primeira Codificação Civil (1916) e o Paradigma Patrimonialista da Relação Proprietária	450
4.2.6 A Ideologia Individualista – A Propriedade como Projeção da Personalidade.....	453
4.2.7 A Propriedade na Tradição Liberal – Direito Fundamental de Defesa	456
4.2.8 A Constituição de 1934 e o Estado Social.....	459
4.3 A Propriedade Fundiária – Perfil Contemporâneo – Sistema Jurídico Pós-1988.....	463
4.3.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Constituição de 1988	463
4.3.2 Direito Civil-Constitucional. Constitucionalização do Direito Civil	466
4.3.3 Função Social da Propriedade	471
4.4 A Ideologia da Segunda Codificação Civil (2002). A Inversão do Paradigma Patrimonialista.....	481
4.5 A Constituição e os Direitos Econômico-Sociais – A Propriedade como Direito de Prestação Positiva.....	484
4.6 A Titularidade de um Aporte Vital de Bens e sua Sustentabilidade Jurídico-Constitucional.....	488
4.7 Manifestações do Direito à Propriedade.....	493
4.7.1 A Desapropriação por Interesse Social.....	493
4.7.2 O Desapossamento Social	495
4.7.3 As Diferentes Modalidades de Usucapião.....	497
4.7.4 O Princípio Constitucional do Direito a Moradia.....	498
4.7.5 Os Direitos Originários da Tradicional Ocupação das Terras Indígenas. As Comunidades Quilombolas	500
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	504

INTRODUÇÃO

A vida universitária é apaixonada por rótulos, no que se destaca o direito, uma arte, sobretudo, da classificação. Quem escreve sobre direito tem de atravessar caminhos sempre povoados de inimigos.² Ciente e consciente dessa realidade, busca-se, nesta tese, traçar um perfil sistemático da propriedade contemporânea no cenário brasileiro, na perspectiva civil-constitucional, com destaque para a propriedade fundiária, padrão clássico tradicional do instituto ao longo da sua história política, que, pelo tamanho prestígio do qual se tem revestido — social, político e econômico —, levou a que se chegasse a uma sinonímia, no imaginário cultural, e até mesmo inconsciente do pensamento técnico-jurídico, entre propriedade e propriedade fundiária, numa indevida metonímia que toma a parte pelo todo.

Não é pequeno o desafio, considerando-se que a propriedade, instituição milenar, a respeito da qual todas as ideias possivelmente já tenham sido pensadas, discutidas e postas em circulação, ao longo dos séculos, constitui, paradoxalmente, um instituto sobre o qual toda abordagem mais aproximada, dogmática ou crítica, sob qualquer perspectiva, a partir mesmo da sua definição, revela-se inçada de tensões e controvérsias. Nunca existiu quietude política nos domínios do direito de propriedade. Na expressão de Luis Díez-Picazo, a propriedade, incessantemente em novas abordagens e desenvolvimentos, é como que um fogo falsamente apagado.³

É enganosa a ideia de que as abordagens sobre a propriedade, em face da sua idade milenar, partem sempre de releituras fáceis de modelos anteriores. Cuidando-se de uma instituição universal, pois todas as sociedades, de uma forma ou de outra, têm de lidar com a disciplina jurídica do acesso aos bens, sempre escassos em face da demanda, a primeira parte do trabalho procura fazer um introito à propriedade, versando a sua complexa dialética histórico-político-evolutiva, os seus diferentes arquétipos históricos, a propriedade no ideário do jusnaturalismo e a sua conseqüente inserção no ambiente das codificações jusracionalistas.

² ASSIER-ANDRIEU, Louis. O Direito nas Sociedades Humanas, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. XVI.

³ DÍEZ-PICAZO, Luis. Prólogo a “El Terrible Derecho – Estudios sobre la Propiedad Privada, Editorial Civitas, S.A. – Prólogo y traducción de Luiz- Díez-Picazo –, 1986, RODOTÀ, Stefano”, p. 15.

A segunda parte arrola e estuda tópicos da propriedade fundiária no sistema jurídico brasileiro pré-1988, opção de trabalho que leva inevitavelmente a incursões históricas nos períodos da Colônia e do Império, nos quais o Brasil esteve total ou parcialmente sob as malhas do tecido jurídico português. Os estudos, pontuais, iniciam-se pelas Ordenações Filipinas, de longa vigência no Brasil, e prosseguem pela experiência fundiária do regime das sesmarias, aplicado no Brasil a partir da experiência fracassada em terras lusas, e pela lei imperial de terras, de 1850, seguindo-se uma análise do perfil ideológico da primeira codificação civil brasileira, de 1916, filha temporã do ideário da codificação napoleônica e do seu paradigma patrimonialista da relação jurídico-proprietária, ultimando-se com a análise da propriedade na tradição liberal, direito fundamental de defesa, até a chegada do Brasil ao Estado social, com a Constituição de 1934.

Na terceira parte, quiçá o coração da tese, a análise tem por objeto o perfil civil-constitucional da propriedade, sobretudo fundiária, no sistema jurídico pós-1988, a iniciar-se pela dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988 e suas implicações no direito de propriedade, na perspectiva do direito subjetivo constituído, porém funcionalizado, para agregar deveres, e do direito de acesso à propriedade, igualmente secretado pelo sistema, no que se insere, com relevância vivificadora, a moderna questão da constitucionalização do direito civil, ou do direito civil-constitucional.

A função social da propriedade, em suas diferentes manifestações, da caracterização à sua recepção no cenário brasileiro, fator de inserção da propriedade liberal-individualista na perspectiva do social, nos planos constitucional e infraconstitucional, é também objeto da terceira parte, em paralelo ao estudo da ideologia da codificação civil de 2002, que espelha os princípios constitucionais que recolocam a pessoa humana na centralidade do sistema, invertendo-se o paradigma patrimonialista da codificação preexistente.

Avança o estudo, na terceira parte, sobre a propriedade enquanto direito fundamental de prestação positiva, de segunda geração, em contraponto às liberdades negativas, expresso nos direitos sociais e econômicos, tratados como manifestações eloquentes do direito a propriedade ou do acesso a ela, com destaque para a sustentabilidade institucional da titularidade de um aporte vital de bens, ou mínimo material existencial, sem o qual não será concebível uma vida humana digna. Ultima-se o estudo da

terceira parte com uma amostragem, no sistema jurídico brasileiro, de algumas manifestações do direito a propriedade, difusas nas entranhas do sistema ou com vestes jurídicas específicas.

Seguem-se as conclusões da tese, de perfil monográfico — o aspecto civil-constitucional da propriedade fundiária no panorama geral da propriedade —, que procura rever sob óptica diferente, e nisso se supõe residir o caráter científico do trabalho, temas que já foram, aqui e alhures, objeto de modelos e análises. O objetivo é traçar o perfil sistemático da propriedade contemporânea, *tout court*, na perspectiva civil-constitucional, sem nenhum engajamento, na engenharia da concepção, no desenvolvimento do trabalho e na bibliografia. Todo autor ao alcance técnico da pesquisa cujas ideias se ponham, com firmeza teórica, de uma forma ou de outra, nos objetivos do estudo será examinado, sem preferências de escolas ou de linhas ideológicas.

O propósito da clareza sempre estará na dianteira, embora, como ressalta Michel Villey, não seja fácil ser claro senão quando andamos por caminhos batidos, o que se afigura difícil quando o analista, avançando por caminhos não batidos, procura se emancipar das rotinas que o uso e a educação imprimiram no seu espírito, opção pela qual nem sempre encontra o bom caminho.⁴

⁴ VILLEY, Michel. A Formação do Pensamento Jurídico Moderno, Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 251.

CAPÍTULO I

INTROITO À PROPRIEDADE

Sumário: 1.1 Apontamentos Introdutórios – a Dialética da Propriedade 1.2 Modelos Proprietários – Propriedade Coletiva. Propriedade Familiar. Propriedade Individual 1.3 A Propriedade no Ideário do Direito Natural e do Jusracionalismo – o Ambiente das Codificações 1.4 A Propriedade como Instância de Poder – Poder Social – Poder Simbólico.

1.1 Apontamentos Introdutórios – a Dialética da Propriedade

Toda sociedade enfrenta o problema de definir, entre as muitas reivindicações competitivas de recursos disponíveis para o uso dos seus membros, quais devem ser satisfeitas, quando, por quem e em que condições. Toda sociedade, portanto, registra um sistema de normas que regem o acesso aos bens materiais e o seu controle e, por consequência, um sistema de propriedade.⁵

Mas, ainda assim, os direitos de propriedade, todos o reconhecem, podem provocar paixões e ser matéria-prima de revoluções.⁶ “A regulação das relações entre os homens num mundo onde as reservas de bens vitais são limitadas, também tem de ser uma regulação das relações dos homens com as coisas, na divisão das coisas entre eles.”⁷ Na expressão de Letourneau, antes do estudo das diversas formas e transformações da propriedade nas sociedades animais e humanas, é útil remontar ao instinto da propriedade, que na humanidade “tem sido o grande factor da história; diante dêle inclinaram-se docemente as religiões; em redor dêle organizaram-se as sociedades; foi êle que ditou a maior parte dos códigos; por êle se edificaram e se destruíram impérios”.⁸

Conceito cujo sentido é predominantemente objetivo e de natureza econômico-jurídica⁹ — para expressar essencialmente uma relação de pertença entre a coisa e a pessoa, cuja manifestação mais ressonante é a da propriedade corpórea, que tem por objeto as coisas tangíveis¹⁰, sobre as quais a pessoa exerce o domínio¹¹ com poderes

⁵ WALDRON, Jeremy. *The Right to Private Property*, Clarendon Press – Oxford, 1988, Reprinted 2002, pp. 38 e 39.

⁶ MUNZER, Stephen R. *A Teory of Property*, Cambridge University Press – 1990, p.1.

⁷ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, Martins Fontes – São Paulo, 1ª Edição, 2004, tradução de Marlene Holzhausen, p.196.

⁸ LETOURNEAU. *Ch. L'Évolution de La Propriété*, Paris, Lecrosnier et Babé, Libraires-Éditeurs, 1889, p. 2.

⁹ TOBEÑAS, Jose Castan. *Derecho Civil Español Comum y Foral*, 10ª Edição, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1964, II, pp. 64-65. (O conceito de propriedade, de sentido predominantemente objetivo, tem natureza econômico-jurídica e expressa uma relação de pertinência entre a coisa e a pessoa, sendo mais amplo que o de domínio, posto que abarca também os bens incorpóreos. O de domínio, de sentido predominantemente subjetivo, implica o poder, a dominação que sobre a coisa tem o titular.)

¹⁰ Com será visto adiante, a ideia de propriedade, em verdade, é mais ampla, compreendendo a universalidade dos objetos exteriores, corpóreos ou incorpóreos, que, redutíveis ao denominador comum moeda, constituem o patrimônio de cada qual. Não se resume, portanto, aos objetos corpóreos – propriedade corpórea –, como

dispositivos e exclusivos —, a propriedade está geneticamente carregada de tensões e submetida a uma recorrente dialética moral, filosófica, política, social, jurídica e econômica.

No manifesto comunista (1848), Marx e Engels afirmam que a sociedade burguesa moderna — com suas relações de produção e troca e o regime burguês de propriedade — “assemelha-se a um feiticeiro que já não pode controlar os poderes infernais que invocou”.¹² Já no verbo anárquico de Proudhon, “o direito de propriedade foi a causa principal do mal na terra, o primeiro anel da longa cadeia de crimes e misérias que o gênero humano arrasta desde a nascença.”¹³

Clovis Bevilacqua,¹⁴ versando o ângulo do direito positivo e situando que há diversos modos de definição da propriedade, afirma que os romanistas adotaram um conceito que expressa com expressa, com fidelidade, a concepção genuinamente romana dessa relação jurídica: — “*dominium est jus utendi, fruendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*”.¹⁵ Os romanos, no pragmatismo das suas instituições, em princípio refratários às especulações, conceberam a ideia da propriedade de forma institucional, separada da divindade, e cunharam o conceito de *dominium*, propriedade privada absoluta.

As codificações, ora optam pela sua definição, ora pela enumeração dos atributos do seu conteúdo. Do primeiro caso é exemplo, entre outros, o *Code Napoléon*, ao dispor que

está no hábito de linguagem. (Cf. Teixeira de Freitas – Consolidação das Leis Civis, Edição fac-similar do Senado Federal, maio/2003, Introdução, pp. LXIX-LXXI.)

¹¹ O termo domínio, do latim *dominium, ii* (derivado de *dominus, i* – senhor, dono da casa), tem o significado de senhorio, de dominação ou poder sobre as coisas. “Os objectos incorporeos, que são apreciáveis pelo denominador *commum* – moeda –, fazem parte do nosso patrimonio, mas não estão sob nosso dominio, não são susceptíveis de posse, nem dos efeitos do direito real”. Domínio é expressão que traduz a ideia de “soma de todos os direitos possíveis, que pertencem ao proprietário sobre sua coisa, quaes os da posse, uso, gozo e livre disposição.” (Cf. Teixeira de Freitas – Consolidação das Leis Civis, Edição fac-similar do Senado Federal, maio/2003, Introdução, pp. LXXI e LXXX.) Conquanto, para alguns, a distinção entre propriedade e domínio careça de apoio na tradição romana (Serpa Lopes), o fato é que a primeira tem sentido genérico – expressando toda relação do homem com a natureza e todo o poder sobre ela; e, o segundo, específico – o poder pleno de uma pessoa sobre uma coisa do mundo exterior.

¹² MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. Manifesto Comunista, Boitempo Editorial, tradução de Álvaro Pina, 1ª Edição, março – 1998, 4ª reimpressão, junho de 2005, p.45.

¹³ PROUDHON, Pierre Joseph. O Que é a Propriedade?, 3ª Edição, Editorial Estampa, Lisboa, 1997, p. 83.

¹⁴ BEVILAQUA, Clovis, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (comentado). Edição histórica, Editora Rio, 1975, p. 1004.

¹⁵ “O domínio é o direito de usar, fruir e abusar do que é seu, enquanto o permite a razão do direito” (tradução livre).

“La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par règlements” (art. 544);¹⁶ do segundo, o Código Civil brasileiro, dispendo que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (art.1.228).

Ao certo nenhuma instituição, na história da humanidade, tem despertado tantas paixões, tantos sentimentos antagônicos, do ódio mortal ao amor incondicional, do que o direito de propriedade, em face do qual ninguém é indiferente: no debate acerca das suas justificativas, das suas vantagens ou malefícios, ontem e hoje, dividem-se os filósofos e os teóricos políticos, movimenta-se a vida política, social e econômica do mundo. Ora a propriedade é identificada como um fator de liberdade, como instituição essencial à realização do ser humano, ao desenvolvimento econômico; ora é associada à corrupção moral e à injustiça social, à causa de todos os males sociais. A propriedade, no dizer de Beccaria, é um direito terrível e talvez desnecessário.¹⁷

Conceito ou instituição, a propriedade goza de uma reputação ambígua. Como conceito, as concepções utópicas colocam a paz e a felicidade entre os homens na eliminação das expressões “meu” e “teu”, na supressão da propriedade, tida como a mãe de todas as discórdias, a origem de todos os males: nem o trabalho, nem a ocupação, nem a lei, disse Proudhon, podem criar a propriedade, um efeito sem causa que não passaria de um roubo,¹⁸ asserção que, mesmo revestida de beleza plástica e de apelo panfletário, encerra em si uma contradição: a ideia de roubo pressupõe algo que pertença à titularidade patrimonial de outrem.¹⁹

¹⁶ “A propriedade é o direito de fruir e dispor das coisas da maneira absoluta, contanto que não se faça delas um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos.”

¹⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, Martins Fontes, São Paulo, 2005 (tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berté Contesssa), 3ª Edição, p.83.

¹⁸ PROUDHON, Pierre Joseph. *A Propriedade é um roubo (e outros escritos anarquistas)*. Seleção e notas de Daniel Guérin. Tradução de Suely Bastos. Coleção L&PM Pocket, 2006, pp. 20 – 21.

¹⁹ PIERRE PROUDHON tinha clara consciência da sua provocação, como se fora uma ingênua proposta filosófica de modificação no pensamento humano, destacando que “proprietário” e “ladrão” sempre foram expressões contraditórias, mas pedia atenção, não para a sua insignificante individualidade (“A eternidade precede-nos, a eternidade segue-nos: entre os dois infinitos, qual é o lugar de um mortal, para que o século o indague?”), e sim para as suas razões, destacando que pertencia a um século no qual a razão não se submete senão ao fato e à prova. (Cf. *O Que é a Propriedade?*, Editorial Estampa, Lisboa, 1997, p.12.)

Como instituição, a história de todas as sociedades evidencia a universalidade da ideia de propriedade como pertencimento e o insucesso na aspiração utópica de criar uma sociedade sem propriedade, voluntária ou coativamente. Há um confronto de visões entre o que a humanidade pensa que quer, a julgar pelas vozes do pensamento utópico ou de vanguarda, e aquilo que, a julgar pelas suas ações, efetivamente quer e pratica. Mesmo os defensores da propriedade consideram-na, na melhor das hipóteses, um mal necessário. Nenhuma sociedade existiu sem alguma forma de propriedade.²⁰

Na abordagem ética do instituto, um mundo sem propriedade privada constitui um sonho edênico recorrente na imaginação dos pensadores. Na chamada “idade de ouro” da humanidade, algo como uma infância bem-aventurada do homem na Terra, tudo é comum. As palavras “meu” e “teu” são desconhecidas. O mundo é regido pelo Titã Cronos e todos os bens são abundantes e impera a paz entre os homens, que, contentes, tranquilos, nutrem-se dos pródigos frutos da terra.²¹

O mito da “idade do ouro”, com um mundo povoado por homens inocentes, que desconheciam a propriedade privada, manteve-se vivo no imaginário dos pensadores durante séculos, ao longo dos quais muitos acreditavam que em regiões remotas pudessem existir tais comunidades (o “bom selvagem”), como réplicas do paraíso terrestre. O protótipo desse idealismo utópico terá sido o relato da Utopia, de Thomas More, publicado em 1516, na qual numa ilha imaginária submetida a forte disciplina dos costumes, os homens não sabem o que é propriedade privada, com isso desaparecendo todos os males. O dinheiro não circula, sendo utilizado apenas para fins comerciais com estrangeiros, e o ouro e a prata são utilizados para fabricar urinóis e outros recipientes, além de correntes e algemas para o aguilhão de escravos.²²

Nessas projeções utópicas, ter-se-ia uma sociedade na qual os dirigentes, homens sábios e mais idosos, não se conduzissem por interesses pessoais, mas se dedicassem exclusivamente ao interesse público, dela sendo referência o Estado platônico, no qual a elite dirigente, constituída pelos guardiões, encarregados de zelar pela observância das leis,

²⁰ PIPES, Richard. *Propriedade & Liberdade*, Editora Record – Rio de Janeiro/São Paulo, 2001. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca, pp. 23, 24 e 25.

²¹ HESÍODO. *Os Trabalhos e os Dias*. Editora Iluminuras Ltda., 2002, tradução de Mary de Camargo Neves Lafer, p. 29.

²² MORE, Thomas. *A Utopia*, Editora Martin Claret, 2004, p. 71.

nada possuía de exclusivo — exceto os objetos de primeira necessidade —, de modo a que não retalhasse a cidade em pedaços diferenciados pelo “meu” e “não meu”.

Os guardiões, tornando-se proprietários de terra, casas e dinheiro, de guardas que eram transformar-se-iam em mercadores e lavradores e, de aliados, em déspotas inimigos dos outros cidadãos. Passariam a vida a odiar e a ser odiados, a conspirar e a ser alvo de conspirações, receando mais os adversários de dentro do que os de fora e correndo a passos largos para a ruína, eles e o resto da cidade.²³

A visão utópica de Platão, de uma sociedade ideal, gestada numa época histórica em que a Grécia vivia conturbada pelos conflitos sociais nas cidades-Estado, e seguramente inspirada em Esparta, uma cidade-Estado fortemente centralizada, é confrontada na concepção de Aristóteles, para quem a propriedade constitui uma instituição indestrutível e essencialmente uma força positiva. Aristóteles aponta na visão platônica um indevido tratamento unificado de realidades diversas do corpo político: a família, a comunidade e o Estado. Na visão platônica, a família deveria desaparecer para que as mulheres fossem comuns a todos os guardiões. As crianças seriam educadas pelo Estado e, para evitar os laços familiares egoístas, nenhuma criança conheceria seu verdadeiro pai e nenhum pai seu verdadeiro filho.²⁴

Essa visão política não é totalmente compartilhada por Aristóteles, para quem os bens, instrumentos para assegurar a vida, são indispensáveis (elementos constituintes) à família, estando a arte de aquisição entre as funções do seu chefe, pois, “sem o mínimo necessário à existência não é possível sequer viver, e muito menos viver bem”.²⁵ A regulamentação adequada da propriedade, dessa forma, constitui assunto de essencial importância, pois todas as revoluções têm causa nessa questão. A propriedade não faz parte do Estado ou da comunidade, configurando um atributo da família.

Para Aristóteles, na regulamentação da propriedade numa comunidade destinada a ter as melhores instituições políticas e em resposta à pergunta se deve ser ela comum ou privada, evidencia-se que a comunidade de bens traz consigo dificuldades — a busca pelos

²³ A República de Platão, tradução de Enrico Corvisieri, Sapienza Editora, 2005, p. 129.

²⁴ PLATÃO. Op. cit., pp. 181-185.

²⁵ ARISTÓTELES. Política, 3ª Edição, tradução de Mário da Gama Cury, Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 17.

mesmos direitos na fruição do produto e no trabalho de produção na propriedade comum das terras causará inevitavelmente sequelas —, sendo preferível que os bens “sejam comuns em certo sentido e privados de um modo geral”. A administração dos bens pelos seus possuidores evitará as queixas recíprocas e os fará crescer, pois cada um se dedicará à sua administração como um negócio pessoal, do seu exclusivo interesse.

Impõe-se distinguir, portanto, na busca dos bens, a arte de aquisição, que é por natureza parte da economia doméstica, para que tenha disponíveis as coisas necessárias à vida e úteis à comunidade composta pela família ou pela cidade, e tem um limite, na medida em que ganhar dinheiro não é função da economia doméstica; e a arte de enriquecer, de natureza especulativa, imbuída da noção de que não há limites para as riquezas e aquisições, e que está vinculada ao dinheiro, expressando-se essencialmente no comércio, que cria riquezas e posses.²⁶ Exaltando a virtude da parcimônia na busca dos bens, quiçá antecipando uma mensagem messiânica — e, em mutação semântica, o ideal moderno de solidariedade entre os homens —, ressalta o estagirita que o corpo humano precisa, para ser saudável, de ser alimentado e cuidado, mas que a autossuficiência e a ação não implicam excesso, podendo o homem praticar ações nobres sem que para isso seja necessário ser dono da terra e do mar.²⁷

Essas diferenças de concepção entre os dois filósofos atenienses marcaram o curso do pensamento ocidental nos dois milênios seguintes, ao longo dos quais os teóricos políticos e os filósofos tomam posição entre um idealismo ético platônico, que destaca os potenciais benefícios decorrentes da extinção da propriedade privada, e o realismo utilitário, de extração aristotélica, que aceita propriedade privada, devidamente regulamentada, como uma titularidade patrimonial indispensável à vida.²⁸

Observa Richard Pipes que a essa mundividência, ao certo tributária do paradigma sociopolítico das pequenas cidades-Estado, constituídas de cidadãos da mesma origem étnica, da mesma religião e da mesma cultura, agregou-se, no século IV a.C., um elemento ideológico novo, que elevou a discussão sobre a propriedade a um nível mais elevado de

²⁶ ARISTÓTELES. *Política*, 3ª Edição, tradução de Mário da Gama Cury, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 17, 18, 24-25, 27, 41 e 42.

²⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, Martin Claret – Coleção A Obra Prima de Cada Autor, 2004, p. 233.

²⁸ PIPES, Richard. *Op. cit.*, p. 28.

abstração: o princípio estoico da lei natural, segundo o qual o universo é racional e pode ser apreendido pela inteligência humana.²⁹ Dotado o homem de razão, e sendo ele uma manifestação do cosmos, não se pode aceitar que o cosmos seja destituído de razão, pois o todo não pode ser menos perfeito do que as partes.³⁰

Pelo paradigma estoico, os princípios fundamentais da ordem social não estão sujeitos a mudança, porque integrantes da ordem natural, em cujo âmago está a igualdade do homem, consistindo a liberdade em viver segundo as leis da natureza, concepção que está na base da discussão, muito intensa até o final do século XVIII, porém sempre recorrente, que busca saber se a propriedade integra-se à ordem natural ou à ordem convencional das coisas. Se pertence à ordem convencional, pode ser eliminada ou limitada; se pertence ao mundo da natureza, constituir-se-ia em um fator inalterável da vida.

O conceito estoico central de ordem mundial racional, entretanto, não tipifica um *fiat lux*, pois já era incipiente na ciência grega antiga, que distinguia, em um plano, a unidade subjacente das leis que governam a natureza e, em outro, a infinita variedade dos fenômenos naturais. É a advertência de Richard Pipes, que a ilustra com passagens de Aristóteles (em *Ética a Nicômaco*) sobre a justiça convencional, expressa na lei positiva, contingente às necessidades particulares da sociedade, e justiça natural, a mesma para todos os homens.³¹

Lembra o autor, outrossim, que, lidando Aristóteles com sociedades homogêneas, não se fez instante a necessidade de desenvolvimento da ideia de lei natural, que somente veio a ocorrer, em outro contexto sociopolítico — o império macedônico —, pela escola estoica.³² E que, como o pensamento político grego, concebido num mundo restrito à cidade-Estado, com padrões definidos de certo e errado, entrasse em crise evolutiva quando

²⁹ PIPES, Richard. *Idem*, pp. 28 e 30.

³⁰ MONDIN, Battista. *Curso de Filosofia*, Volume 1, Paulus, 12ª Edição, 2003, p. 110.

³¹ PIPES, Richard. *Op. cit.*, pp. 29 e 30.

³² Zenão (336-274 a.C) é considerado o fundador da Escola Estoica, essencialmente moral, para a qual a estrutura do cosmos resulta de dois elementos: a matéria, princípio passivo, e a razão que nela reside, como princípio ativo. Sendo o homem dotado de razão, ele é uma manifestação do cosmos. Como o todo – o cosmos – não pode ser menos perfeito do que as partes, segue-se que o cosmos não é destituído de razão. (Cf. MONDIN, Battista. *Curso de Filosofia*, Volume 1, Paulus, 12ª Edição, 2003, p.110; e MARÍAS, Julián. *História da Filosofia*, Martins Fontes, 1ª Edição, 2004, tradução de Claudia Berliner, p.101.) O princípio basilar do estoicismo é a existência de uma lei universal, que rege a natureza e vida humana.

o império macedônico pôs fim à polis em favor do Estado nacional e, depois, do império multinacional – não havia um padrão universal de certo e errado —, o pensamento estoico surge como resposta a esse impasse, em face do seu conceito central de ordem mundial racional.³³ Opera-se, portanto, o giro de um paradigma de justiça focado no âmbito de uma nação para um padrão universal de concepção de justiça, tributário do princípio estoico da lei natural universal.

Essa concepção, genuinamente revolucionária, de que os princípios fundamentais da ordem social, porque regidos pela ordem natural, não estão submetidos a mudanças, em cujas entranhas está a ideia de igualdade dos homens, é apontada como sendo embrião da história primitiva dos modernos direitos fundamentais, precisamente porque os estoicos, em suas obras, manifestam as ideias de dignidade e de igualdade, aparentemente referidas a todos os homens, independentemente de empolgarem ou não a plenitude da cidadania: homens, mulheres, livres e escravos.³⁴

Nessa escalada dialética, afirma-se que o princípio grego da lei natural teve mais influência em Roma do que na Grécia. Os romanos, caracterizados pelo pragmatismo das suas instituições, infensos a especulações abstratas, conceberam a ideia da propriedade em virtude da lei e, na consequência, cunharam o conceito de *dominium*, propriedade privada absoluta, incidente sobre os imóveis e os escravos.³⁵

Porém, em face da necessidade de relacionamento negocial e familiar com os estrangeiros, que não eram regidos pelo *jus civile*, os juristas romanos tiveram de buscar princípios aplicáveis aos diversos sistemas jurídicos, formulando o *jus gentium*, que, por influência da filosofia estoica, aos poucos fundiu-se à lei natural. O princípio de justiça deixou de ser um conceito arbitrário de certo e errado e assumiu o *status* de norma fundamental da natureza, incidente sobre toda a humanidade.

³³ PIPES, Richard. Op. cit., pp. 29 e 30.

³⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª Edição – reimpressão da edição de 2004, Almedina, pp. 15-16.

³⁵ *Dominium*, no caso, não tem o sentido moderno de dominialidade individual exclusiva (absoluta), ligada à ideia de direito subjetivo, noção que não era conhecida dos romanos. O *dominium* romano, do final da República, incidente sobre a terra, os escravos, o gado e outros objetos materiais, ligava-se à propriedade familiar, controlada e gerenciada pelo *pater familias*, não tendo o sentido moderno de direito subjetivo absoluto. (Cf. PIPES, Richard. Op. cit., p. 131; e VILLEY, Michel. Direito Romano, Editora Arcádia, Lisboa, 1973 — tradução de Maria Helena Nogueira —, pp. 125-126.)

Elementos essenciais à lei da natureza eram a igualdade dos homens, notadamente em face da lei, e os seus direitos inatos, entre eles o direito de propriedade privada, como titularidades antecedentes ao Estado e, portanto, dele independentes. Floresceu, então, a defesa teórica da propriedade privada como característica da lei natural, não devendo o Estado nela interferir, posto que criado com a finalidade de protegê-la.³⁶

Nos tempos medievais, nos quais o discurso católico sobre a propriedade teve grande influência social e política, dada a ênfase que os evangelhos conferem às virtudes da pobreza, da caridade, da partilha comunitária, o pensamento cristão, após as longas disputas entre o poder temporal e o papado, terminou por situar-se num segmento conciliatório acerca da propriedade privada, que deixou de ser uma realidade lamentável, porém inevitável, para ser em princípio admitida.³⁷

No início da idade moderna, com a expansão do comércio e as descobertas do Novo Mundo, presenciou-se uma fratura no paradigma conceitual da propriedade, que antes significava essencialmente a titularidade de terras, a propriedade fundiária, ligada aos poderes soberanos. As discussões acerca da propriedade levavam sempre a questionamentos da autoridade real ou papal. Em face da ruptura conceitual, a propriedade passa a ser mais ligada ao capital, ao capitalismo financeiro, como um bem pessoal, sem associação direta necessária com os poderes soberanos.

A grande mudança, de que a opinião pública a princípio não se deu conta, é que o capital estava tomando o lugar dos bens imóveis como a fonte por excelência de riqueza. O sistema capitalista, de início ligado ao comércio, à economia monetária e à vida urbana, promoveu a uma inversão da mais célebre classificação dos bens em imóveis e móveis. Até o surgimento do Estado moderno, os bens móveis (*res mobilis*) eram considerados vis, posto que a sua propriedade não conferia poder político, diversamente do que acontecia com a propriedade fundiária rural. A inversão se dá pelo prestígio que se conferiu à riqueza mobiliária, constituída pela propriedade do dinheiro e metais preciosos, que serviu de base a um sistema de crédito que suplantou a economia rural.³⁸

³⁶ PIPES, Richard. Op. cit., pp. 30-33.

³⁷ Afirma-se que a própria mensagem do oitavo mandamento — “não furtarás” — implica a admissão e o respeito à propriedade.

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. “Função Social da Propriedade dos Bens de Produção”, Revista de Direito Mercantil (Industrial, Econômico e Financeiro), Ano XXV, n. 63 (julho/setembro de 1986), p.72.

A propriedade passou a ser tratada como um bem positivo. Não como um mal necessário, como punham as discussões teóricas do milênio anterior, nisso sendo decisivos dois fatores: o primeiro, o crescimento do individualismo, em virtude do que a comunidade passa a ser vista como uma abstração formada de indivíduos, e o bem-estar como o conjunto da riqueza da propriedade individual, tida como um prêmio por uma vida sensata; o segundo, o ressurgimento do referido princípio estoico de lei da natureza. Na busca de uma justificativa mais racional para a autoridade fora das Escrituras, os teóricos do renascimento fizeram reviver a ideia, amortecida durante os tempos medievais, de que a lei da natureza antecipava as leis positivas e de que todos os seus humanos eram detentores de direitos inatos invioláveis pelo Estado.³⁹

Ao longo do século XVII, tornou-se hegemônica na Europa ocidental a ideia de que existe uma lei da natureza que é racional, imutável e transcendente às leis positivas, ditadas pelos poderes temporais, e de que um dos aspectos da lei da natureza reside precisamente na inviolabilidade da propriedade privada, cujo dever de respeitar incumbia aos soberanos. Somente na segunda metade do século XVIII é que a instituição da propriedade voltou a ser atacada, e com intensidade sem precedentes, por sentimentos igualitários.

Nessa época — coincidente com as lutas do parlamento contra a coroa britânica, sobretudo em torno da possibilidade de cobrança de impostos sem o consentimento do parlamento, da qual resultou o *Bill of Rights*, em 1689 —, o conceito de propriedade passa por uma mutação revolucionária, para abranger no seu objeto não somente os bens materiais, as posses físicas das pessoas, conforme a concepção clássica, mas também tudo o que por direito natural o indivíduo pudesse reivindicar como seu, numa derivação do conceito medieval do *suum* (de *suus*, *a*, *um*: próprio; que pertence como propriedade particular), é dizer, tudo aquilo que fosse imanente ao homem como tal, envolvendo também o direito à vida e à liberdade.

Também a liberdade é entendida como uma “propriedade” inalienável, ideia que, no ambiente político inglês do século XVII, de conflitos entre o parlamento e a coroa, levou a que se falasse em direito inato, referindo-se ao patrimônio — que não deveria ser tributado sem representação —, que poderia ser reivindicado pelo homem, pelo fato de ter nascido

³⁹ PIPES, Richard. Op. cit., pp. 47-48.

numa família (direito de herança) e, por extensão, pelo fato de ser humano.⁴⁰ A justificação da propriedade, dessa forma, está ligada indelevelmente à noção inalienável da liberdade, tendo, em certa medida, uma dimensão psicológica ao estimular a consciência de identidade e de autoestima.

Essa concepção foi combatida por teóricos⁴¹ que defendiam as prerrogativas da coroa, à consideração de que a propriedade não derivava da natureza, tratando-se, na realidade, de uma criação do Estado a quem os homens, num instinto de autopreservação, transferiram o seu direito natural de governar. A liberdade e a propriedade não eram direitos inatos ao homem, precedentes ao Estado, e sim concessões da autoridade, que protege os proprietários das usurpações dos seus semelhantes.⁴²

A concepção de propriedade privada como instituição sacrossanta, tida no século XVII como algo revolucionário — envolvendo também a vida e a liberdade —, passou por uma paradoxal involução de matiz conservador, especialmente na Inglaterra, na medida em que se passou “a acreditar amplamente que a política era uma função da propriedade, e apenas os donos de propriedades tinham o direito legítimo de participar da política.”⁴³ Em consequência dessa disfunção da teoria da lei natural, por um lado a autoridade política passou a ficar submissa aos donos de terras e, por outro, restaram excluídas da participação política as pessoas que não possuísem terras.

Enquanto atingia o seu apogeu na Inglaterra, com o apoio de inúmeros proprietários que dispunham ao mesmo tempo de prestígio e de participação política — os ingleses, como destacado, agiam mais pela consideração pragmática de frear o poder absoluto da coroa na cobrança de impostos —, a concepção sagrada da propriedade passou a sofrer ataques na França (*ancien régime*), onde estavam mais concentradas as doutrinas igualitárias. No século XVIII, intelectuais franceses, inspirados pelos mitos das utopias do homem da natureza, cuja vida era informada pela ausência do “meu” e do “teu”, difundiam

⁴⁰ *Idem*, pp. 52 e 147.

⁴¹ O mais conhecido desses teóricos é Thomas Hobbes, para o qual a arte, imitando o homem, a mais excelente obra da natureza, cria aquele que é o grande Leviatã que se chama Estado, que nada mais é senão um homem artificial, de maior estatura e força que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi criado.

⁴² PIPES, Richard. *Op. cit.*, pp. 51-53.

⁴³ *Idem*, pp. 59-60.

a ideia de que a humanidade, corrompida pela instituição da propriedade, poderia alcançar a felicidade assim que se livrasse da sua influência daninha.

Pelo *Code de la Nature*, publicado em 1755, Morelly⁴⁴, um nome representativo na literatura francesa inimiga da propriedade privada, rejeitava o argumento de que as pessoas tinham de ser aceitas na sua individualidade (como o eram), por acreditar que a verdadeira natureza do homem havia sido depravada pelas instituições sociais, notadamente pela propriedade privada.

Uma das vozes com mais ressonância nessa vaga antipropriedade foi Rousseau, que, em célebre passagem do seu *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* (1754), afirmou que “o primeiro que, tendo cercado um terreno, atreveu-se a dizer: *Isto é meu*, e encontrou pessoas simples o suficiente para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil”.⁴⁵

A despeito da veemência do discurso, no qual relacionava o ciúme, a inveja, a escravidão e as guerras à propriedade privada, não propôs Rousseau a sua abolição, mas tão somente evitar os excessos na sua distribuição, sendo favorável à propriedade adquirida pelo trabalho honesto, afirmando, pouco depois (1755), na obra *Do Contrato Social*, que “Todo homem tem naturalmente direito a tudo o que lhe é necessário; mas o ato positivo que o torna proprietário de algum bem o exclui de todo o resto. Estando feita a sua parte, a ela deve se limitar, e então não tem mais direito à comunidade”. E que:

Geralmente, para autorizar o direito do primeiro ocupante em qualquer terreno, são necessárias as seguintes condições: primeiro, que ninguém habite ainda esse terreno; em segundo lugar, que se ocupe só a quantidade necessária à subsistência; em terceiro, que se tome posse dele, não por vã cerimônia, mas pelo trabalho e cultura, únicos sinais de propriedade que, em falta de títulos jurídicos, os outros devem respeitar. Como pode um homem, ou um povo, apoderar-se de um território imenso e privar dele todo o gênero

⁴⁴ A publicação se deu anonimamente por um autor que usava o pseudônimo de Morelly. Sua real identidade permanece incógnita (Richard Pipes, 2001, 63).

⁴⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Maria Ermantina Galvão, Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 203.

humano, a não ser por uma usurpação punível, pois que tira do resto dos homens a habitação e alimento que em comum lhes deu a natureza.⁴⁶

A ideologia antiproprietária não foi a única cultivada na França no século XVIII. Outras correntes, em movimento inverso, celebravam os benefícios da instituição da propriedade, entre elas a influente Escola dos Fisiocratas, de matriz iluminista, que, aderindo ao princípio estoico da lei natural, via a propriedade como dela integrante, atribuindo à natureza o fato de ter o homem a propriedade exclusiva da sua pessoa e dos bens adquiridos com o seu esforço e o seu trabalho.

Na visão dos fisiocratas — e nisso refletiam a concepção clássica que identificava propriedade com propriedade fundiária —, a terra era a mais autêntica forma de propriedade, tendo em conta que a agricultura fazia aumentar a riqueza já existente. A doutrina fisiocrata, de exaltação da propriedade, deitou decisiva influência nos revolucionários de 1789, tendo a Assembleia Nacional, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, afirmado que a propriedade era um dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, inviolável e sagrado (arts. 2º e 17), tendo a Constituição de 1793, por sua vez, reafirmado que a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade estavam entre os direitos naturais e imprescritíveis do homem (arts. 1º e 2º).

Foi destacado que, ao longo do século XVII, tornaram-se predominantes na Europa ocidental as concepções de que há uma lei da natureza que é racional, imutável e transcendente às leis positivas, ditadas pelos poderes temporais e de que uma das características da lei da natureza consiste na inviolabilidade da propriedade privada, incumbindo o dever de respeitá-la aos soberanos. Mas somente na segunda metade do século XVIII —, aspecto também já ressaltado — é que a propriedade privada voltou a ser atacada, e com intensidade sem paralelo na história, por sentimentos igualitários, especialmente de origem francesa, sentimentos que se intensificaram no século XIX.

No apogeu do prestígio da instituição, quando alcançou um patamar de inviolabilidade, restando protegida dos abusos do Estado por preceitos constitucionais e das investidas usurpatórias pelas leis civis, paradoxalmente exacerbou-se contra ela um

⁴⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*, Editora Martin Claret, 2001, pp. 35 e 36.

sentimento de hostilidade pugnando pela intervenção do Estado no seu regime, ou mesmo pela sua abolição, pura e simples.

Variados são os vetores da nova onda dialética. Já não se questionam apenas os excessos na sua utilização, ou as desigualdades na sua distribuição, mas também e principalmente as suas bases teóricas de sustentação, considerada a instituição como essencialmente imoral. Põe-se em crise, de outro lado, a justificativa da lei natural: se a propriedade é essencial, tal como um corpo para o desenvolvimento da liberdade natural do homem, segue-se que não deve ser usufruída por poucos, como um privilégio odioso, senão por todos, como põe a nu Pierre Proudhon: “... se a liberdade do homem é sagrada, é-o para todos os indivíduos igualmente; se tem necessidade de uma propriedade para agir, quer dizer, para viver, essa apropriação de uma matéria é de uma igual necessidade para todos ...”⁴⁷

De outro lado, no mesmo rumo — desprestígio moral da propriedade — opera a dialética da relação entre propriedade e poder político, praticada sem a participação do povo, a fonte primária do poder. Ainda que o comércio e a riqueza pecuniária já fossem conhecidos desde o final da Idade Média e que o capital estivesse tomando o lugar dos bens imóveis como referência e fonte por excelência de riqueza, para os fins práticos a propriedade ainda era sinónimo de bens fundiários, de terra para a agricultura. O voto, instrumento de conquista do poder político, ainda era limitado às pessoas que detivessem ou alugassem bens rurais ou urbanos equivalentes a uma certa quantia em dinheiro, ou que fossem titulares de determinada renda,⁴⁸ levando a que os eleitores, que em sua maioria pouco ou nada possuíam, reclamassem maior participação na riqueza do Estado.

A compreensão era a de que aqueles não tivessem propriedades rentáveis ou produtivas não tinham independência política no sufrágio dos governantes, sendo suscetíveis de manipulação. A garantia do exercício do direito de voto sem influências espúrias era demarcada ou medida por um mínimo material necessário à independência financeira, sistemática que, praticada largamente na Grã-Bretanha no século XVIII,⁴⁹

⁴⁷ PROUDHON, Pierre Joseph. *O Que é a Propriedade?*, 3ª Edição, Editorial Estampa, Lisboa, 1997, p. 56.

⁴⁸ Assim estipulava o Ato de Reforma de 1867, na Inglaterra.

⁴⁹ HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *O Federalista*, tradução de Ricardo Rodrigues Gama, Russell Editores Ltda., 2003, p. 356.

passou às colônias americanas, ainda que com menos intensidade em face da abundância de terras e da facilidade de acesso a ela, e que aos poucos foi se extinguindo.⁵⁰

Outra onda na maré antipropriedade — chama a atenção Richard Pipes — ocorre na mudança de concepção na natureza da propriedade por excelência, do tradicional paradigma fundiário para o paradigma da moderna economia capitalista, de lastro precipuamente mobiliário e monetário. Ali, a relação proprietário-trabalhador, não raro projetada a gerações, era regida pela proximidade física, criando vínculos políticos (e paternalistas), o que tornava as desigualdades de certo modo “naturais” e indolores. Aqui, a relação empresário-trabalhador, muito diversamente, é caracterizada pela impessoalidade, não tendo o empregador — além do cumprimento dos seus deveres legais — responsabilidade moral ou social com o trabalhador, o que torna as desigualdades e as disparidades de riqueza mais traumáticas e menos toleráveis. Nessa mudança de paradigma, a expansão das fortunas capitalistas, na primeira metade do século XIX, veio envolta num clima pesado de hostilidades.⁵¹

Estava em voga a convicção, capitaneada pelos teóricos do socialismo, cultuada em primeiro na França,⁵² de que o capitalismo e o industrialismo estavam levando a humanidade a impasses cada vez maiores na distribuição da riqueza, destruindo o que existia de igualdade e de segurança social. Havia a convicção — deixava-se de lado a percepção de que a riqueza gerada pela economia terminaria, depois de filtrada das “impurezas” do capitalismo, por beneficiar a população como um todo — de que o empobrecimento inexorável e sem remorso da classe trabalhadora (pauperização) levá-la-ia, sem alternativa, à revolução, com a extinção da propriedade.

Em paralelo à artilharia moral contra a propriedade privada, dada como preeminente no debate até aproximadamente 1840, agora, todavia, o ataque assume mais uma configuração, e de caráter científico, para considerar a propriedade como uma instituição maléfica, ligada ao capitalismo como forma de organização da vida econômica, tratando-se,

⁵⁰ A Carolina do Norte, em 1856, teria sido o último Estado a pôr fim a tais pré-condições de cidadania

⁵¹ PIPES, Richard. Op. cit., pp. 68-70.

⁵² Nesse movimento, alude-se ao nome do fundador do comunismo moderno, o francês *François-Noel Babeuf*, que propugnava a posse em comum de todos os recursos econômicos antes da sua distribuição igualitária entre os proprietários individuais. Mais tarde – Babeuf foi executado após um fracassado golpe de Estado –, seu companheiro Filippo Buonarroti publicou o programa do grupo, chamado de “Conspiração pela Igualdade” (Richard Pipes, 2001,71).

portanto, de uma aberração histórica passageira. A propriedade passa a ser atacada pelo critério científico da mais-valia — o capitalista apodera-se, de forma perversa, de parte do valor produzido pelo labor do empregado, tendo em vista que lhe paga somente o custo da sua força de trabalho, e não o valor do trabalho por ele efetivamente produzido —,⁵³ na crença de que a humanidade, na sua condição original, não conheceu a propriedade privada da terra, instituição que não passaria de um fenômeno moderno, subproduto do modo de produção capitalista.⁵⁴

O capital é trabalho acumulado. O trabalhador “é demasiadamente privado do seu produto, quando o seu próprio trabalho a ele se contrapõe com domínio alheio e quando os seus meios de subsistência e a sua atividade se concentram cada vez mais nas mãos do capitalista.”⁵⁵ Em face desses intensos sentimentos hostis à propriedade, com baterias sempre direcionadas contra os seus supostos critérios de justificação, o fato é que, às vésperas do século XX, até mesmo os liberais⁵⁶ passaram a aceitar restrições à propriedade privada, para submetê-la aos testes da justiça social e para dar ao Estado a prerrogativa moral de intervir no seu regime em favor do bem comum. Trata-se, na classificação de Dworkin, de uma opção construtiva de política social baseada em metas: as restrições no exercício da propriedade privada têm em mira o incremento do bem-estar geral.⁵⁷

Sem embargo dos critérios de justificação da propriedade — que razões e interesses, tão importantes do ponto de vista moral, justificam que o Estado tome a si o encargo de promover, sustentar e proteger a propriedade privada —, é fato que o homem habita e respira um universo proprietário, regido por uma cultura de pertencimento, e “propriedade é sempre um mínimo de pertencimento, de poderes exclusivos e dispositivos conferidos a um determinado sujeito pela ordem jurídica”.⁵⁸

⁵³ São representantes dessa concepção *Karl Marx e Friedrich Engels*, fundadores do que chamaram de “socialismo científico.”

⁵⁴ PIPES, Richard. Op. cit., pp. 73-74.

⁵⁵ MARX, Karl. Salário do Trabalho, in *Manuscritos Econômico-Filosóficos*, tradução de Alex Marins, Editora Martin Claret, 2001, p. 68.

⁵⁶ John Stuart Mill, aproximando a ideologia liberal do comunismo, afirmara que era favorável à propriedade privada mais porque ela aumentava a produtividade do trabalho do que por servir à causa da liberdade.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, Martins Fontes (tradução de Nelson Boeira), São Paulo, 2002, p. 266.

⁵⁸ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e Outros Ensaios*, tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca, Livraria e Editora Renovar Ltda., 2006, p. 6.

Em se tratando de critérios de justificação da propriedade privada, que configuram sempre uma sinfonia inacabada,⁵⁹ e em se considerando os fundamentos utilitários — o bem-estar geral ou parcial da sociedade será maior se os meios de produção estiverem em poder dos particulares —, diz-se, exemplificativamente, que os indivíduos cuidam melhor daquilo que lhes pertence; e que a propriedade privada promove a eficiência produtiva e, no limite, a prosperidade social. Como fundamentos não utilitários, calcados em valores de filosofia moral e política — as pessoas, como tais, têm interesses primordiais que não devem ser sacrificados em nome do bem-estar geral, ou de outros objetivos da sociedade —, firma-se, em inspiração hegeliana, que a propriedade é elemento necessário ao desenvolvimento ético da liberdade individual; e, em linha lockeana, que a propriedade encontra justificativa na proteção do resultado da relação de trabalho — o trabalho passa a ser o fator justificador da propriedade — estabelecida pelo indivíduo com recursos virgens.⁶⁰

Esses avanços e recuos no prestígio da instituição da propriedade, influenciados e mesmo moldados pelos acontecimentos de cada época do pensamento social e político, sugerem que o conceito de propriedade, em qualquer momento do passado e do presente, tem formação e evolução históricas, a despeito das correntes que procuram mostrá-lo como a-histórico.⁶¹

Segundo a observação de Virgílio de Sá Pereira, a propriedade é um fenômeno histórico. Não é uma criação da lei. Ela surge diante do legislador como um fato. Coletiva, familiar ou individual, o direito a surpreende em flagrante, no momento atual de sua evolução orgânica e lhe regula o exercício. “Para tanto não é mister escavar-lhe o fundamento, descobrir-lhe a razão originária de ser; basta verificar-lhe a existência.”⁶²

No diagnóstico de Richard Pipes, as mudanças mais influentes na teoria da propriedade privada, nas últimas décadas do século XX, tiveram mais a ver com a economia do que com a ética, com a lei natural ou com especulações sobre a origem do

⁵⁹ Ressalta Jeremy Waldron que nenhum filósofo moderno produziu uma discussão desenvolvida de propriedade na escala das teorias históricas de Locke e Hegel. (Cf. *The Right to Private Property*, p. 14.)

⁶⁰ WALDRON, Jeremy. Op. cit., pp.6, 9,13 e 15.

⁶¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Editora Bookseller, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Tomo 11, pp. 64-65.

⁶² PEREIRA, Virgílio de Sá. *Manual de Direito Civil Brasileiro, Volume VIII, Edição Histórica (2ª Edição)*, Forense, 2007, p. 1.

Estado. As especulações sobre a propriedade privada, tradicionalmente restritas às mentes dos filósofos e dos teóricos políticos, passaram à preocupação dos economistas, que viram na instituição um fator decisivo no crescimento econômico. A economia, assim, elege como critério de justificação da propriedade privada a sua contribuição à prosperidade e ao progresso.

Antes, os economistas dispensavam pouca atenção à infraestrutura legal da economia, particularmente na instituição da propriedade privada, centrando as suas preocupações mais na formação do capital e na inovação tecnológica como fatores de crescimento. O determinante do crescimento econômico reside nas instituições legais, que garantem aos indivíduos empreendedores, com espírito de iniciativa, os frutos do seu trabalho.⁶³ Para os juristas, a propriedade é, precipuamente, o poder sobre a coisa, ao passo que para os economistas é, sobretudo, a riqueza que a propriedade pode propiciar, a renda da coisa.⁶⁴

Cuida-se, na realidade, como ensina Vital Moreira, de um novo modo de ser das relações entre o econômico e o jurídico, dentro da estrutura do Estado moderno, chamado de “Estado econômico”; um modo de ser “que exprime uma nova configuração da economia, da sociedade e do Estado, na sociedade capitalista contemporânea.”⁶⁵

Essa tendência — justificação da propriedade privada pela sua contribuição à prosperidade e ao progresso —, assinala Richard Pipes, ganhou espaço e força institucional com a vitória dos Aliados sobre as potências do Eixo na Segunda Guerra. Na luta, efetiva e ideológica, de dois sistemas econômicos opostos — um baseado no monopólio econômico do Estado e o outro na iniciativa privada —, prevaleceu o regime que adota a propriedade privada, a despeito das recorrentes e valorosas posições da utopia social. A derrocada da experiência socialista na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), nos anos 1989-1991, com a adoção da iniciativa privada pelos respectivos governos, teria posto fim à disputa originada na antiguidade clássica, com o triunfo de Aristóteles sobre o seu mestre Platão.⁶⁶

⁶³ PIPES, Richard. Op. cit., p. 86.

⁶⁴ GROSSI, Paolo. Op.cit., pp. 25-26.

⁶⁵ MOREIRA, Vital. Economia e Constituição – para o conceito de Constituição Econômica. Faculdade de Direito de Coimbra, 1974, pp. 5-6.

⁶⁶ PIPES, Richard. Op. cit., pp. 87-88.

Parece apropriado afirmar-se, tomando de empréstimo as palavras de Jeremy Waldron, que o socialismo somente pode competir eficientemente com a economia de propriedade privada até onde haja a reintrodução da ideia de propriedade privada pela porta de trás.⁶⁷

1.2 Modelos Proprietários – Propriedade Coletiva. Propriedade Familiar. Propriedade Individual.

Observou-se forte no magistério de Virgílio de Sá Pereira, que a propriedade, antes de ser uma entidade jurídica, é um fenômeno histórico, da alçada da sociologia. Não sendo uma criação da lei, ela surge diante do legislador como um fato social, em todos os tempos: coletiva, familiar ou individual, o direito a surpreende em flagrante, no momento atual de sua evolução orgânica e lhe regula o exercício. E prossegue o insigne civilista:

Tão longe quanto alcance o nosso olhar na história da humanidade, o espetáculo que a vida nos apresenta é o da terra traiçoeira e hostil se recusando ao homem diligente e bravo, e com elle engajando um corpo a corpo cruel, sem alta e sem repouso. Ou me domas ou eu te devoro, era o dilema inexorável da natureza. Dessa luta o homem saiu duplamente victorioso disciplinando o amor, elle creou a família, disciplinando a terra, creou a propriedade. São duas instituições que evoluíram juntas, ao lado uma da outra, e até certo ponto, uma explicando a outra.⁶⁸

O primeiro sentimento do homem no mundo, na arguta observação de Rousseau, foi o da sua própria existência, o que levou ao seu primeiro cuidado, o de sua conservação. As produções da terra lhe propiciavam todos os socorros necessários e o instinto levou-o a utilizá-los.⁶⁹

Propriedade, na abordagem dos seus arquétipos históricos, leva o significado, sobretudo, do fato social do pertencimento, efetivo e eficaz — poder direto, imediato e

⁶⁷ WALDRON, Jeremy. Op. cit., p. 11.

⁶⁸ PEREIRA, Virgílio de Sá. Op. cit., pp.1-2.

⁶⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Tradução de Maria Ermantina Galvão, Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 204.

efetivo sobre a coisa — como fenômeno histórico, e não tanto a propriedade como entidade jurídica, em sentido moderno, a supor um direito imposto por um poder político. Leva em conta o *dominium* como conteúdo, expresso em situações de efetividade econômica sobre os bens, ainda que destituídas do sinete dos cânones fundiários, às quais (a exemplo) alude Paolo Grossi em relação à Idade Média — um mundo do direito sem o Estado —, falando em “um mundo de fatos nem formal nem oficial, porém munido de efetividade e de incisividade”.⁷⁰

Também falando sobre o direito intermédio, Gianluigi Barni anota que, ao entrar em contato com o direito romano, os germânicos ainda viviam em propriedades coletivas e, em se tratando de um povo nômade, que considerava a terra unicamente para o proveito que dela pudesse tirar a comunidade, faltava-lhe um termo que exprimisse a ideia de propriedade. Não havia, ali, um conceito de propriedade semelhante ao romano — concebida em sentido absoluto —, mas somente uma relação de usufruto com a coisa, denominada com o termo germânico *gewere*. Somente com a invasão das fronteiras do antigo império — prossegue — é que se desenvolveu o conceito de propriedade privada, quiçá em razão do novo sistema de cultura intensiva da terra.⁷¹

Posto o fato social do pertencimento econômico, pode-se afirmar que a efetividade constitui o princípio reitor da propriedade, cuja ordem fática antecipa a ordem política e às vezes dela prescinde. Em geral — pontua Richard Pipes —, a propriedade surge sob a forma inicial de posse, resultando os seus atributos legais não de títulos legais documentados, senão da autoridade do uso prolongado, que o costume passa a reconhecer como prova eficaz.⁷²

As formas mais simples de propriedade, contudo, implicam regras sociais que impeçam às pessoas em geral, que não o proprietário, a entrada ou o uso da terra ou a apropriação ou o uso dos atributos materiais que lhe constituem objeto. Na crua observação de Herbert Hart, inscrita na ordem natural das coisas, a terra produz frutos, mas, entre o plantio, o crescimento e a colheita, ela precisa estar protegida de incursões indiscriminadas,

⁷⁰ GROSSI, Paolo. Op. cit., pp. 13,14, 15, 39 e 44.

⁷¹ BARNI, Gianluigi. Novissimo Digesto Italiano, XIV, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1957, Proprietà (Diritto Intermedio), p. 120.

⁷² PIPES, Richard. Op. cit., pp. 89-90.

condições e abstenções mínimas que constituem, da mesma forma, as condições da própria vida, em todos os tempos e lugares.

Na maioria dos casos, ressalta, o direito somente faculta o acesso aos benefícios a um contingente de pessoas à custa de privar outras tantas daquilo que preferem e buscam alcançar. O auxílio aos pobres, aos necessitados e excluídos, dessa forma, somente pode ser prestado a partir dos bens dos quais os outros são privados. E daí a necessidade de que exista um estatuto mínimo de proteção das pessoas, da propriedade, dos compromissos.⁷³

O estudo da propriedade passa pelo desafio de apontar na história do homem, no tempo e no espaço, o verdadeiro *fiat* da propriedade privada, bem como a fixação da sua concepção inicial, como propriedade coletiva, comum a todos os membros de uma comunidade, segundo a visão socialista-utópica; como propriedade de um grupo, sobretudo familiar; e como propriedade individual, o último estágio evolutivo do instituto — a propriedade moderna. Esta seria, em longos traços panorâmicos, a escala histórica dos principais modelos de propriedade — coletiva, familiar e individual —, temas que, anteriores e posteriores à sociedade política e envoltos em densa bruma histórica, naturalmente não se submetem docemente aos modelos técnicos de uma cultura e de uma mentalidade proprietárias modernas.

A existência do homem na Terra, em função de um impulso criador instantâneo ou através de um lento processo evolutivo, em algum lugar e em alguma época, numa população de número reduzido, beneficiada com a abundância dos frutos da natureza, em quantidade ilimitada para as necessidades dos habitantes, torna intuitiva a noção de que de início não existia propriedade como titularidade exclusiva, que teria ingressado na história por razões circunstanciais: naturais, como a escassez dos frutos gratuitos da natureza em face do crescimento populacional do grupo, propiciando a disputa pelos bens escassos; econômicas, em função da ambição natural do ser humano de ter e de acumular bens, para o seu bem-estar e como fator de segurança contra as contingências da vida; ou políticas, pelo poder social que a propriedade implica, como uma posição social proeminente no processo

⁷³ HART, Herbert Adolphus Lionel. O Conceito de Direito, 4ª Edição, 2005, Fundação Calouste Gulbenkian (tradução de A. Ribeiro Mendes), pp. 181, 212 e 215.

produtivo. O capital — enfatizam Marx e Engels — “não é, portanto, um poder pessoal: é um poder social.”⁷⁴

Na engenharia histórica da propriedade fundiária, essa seria a fase do arquétipo coletivo, que, a despeito dos imensos obstáculos que se lhe antepõem, conceituais e até mesmo históricos — sua demonstração histórica não é incontroversa —, tem a seu favor a lógica natural das coisas, considerando-se que, nos primórdios do homem no planeta, em contingente populacional reduzido, contemplado com a abundância das dádivas ilimitadas da natureza, parece intuitiva, de certo modo, a noção de que ali não existia — não havia necessidade — sequer a noção de propriedade exclusiva.

Em tais condições, “... não é tanto a terra que pertence ao homem mas antes o homem à terra, onde a apropriação individual parece invenção desconhecida ou disposição marginal”. Está-se em presença de “... formas primordiais de organização comunitária de uma terra, nas quais não é somente o espírito individualista que falta mas até mesmo o próprio espírito proprietário”.⁷⁵

Nos obstáculos conceituais, em primeiro, a própria expressão “propriedade coletiva” não deixa de conter um componente contraditório, porquanto propriedade, especialmente a corpórea, que tem por objeto coisas tangíveis, implica poderes exclusivos e dispositivos e, no fator terminológico, um componente arbitrário, na medida em que exprime uma designação vinculada a uma realidade fática incompatível com a que se pretende designar; em segundo, na indagação do que seja o interesse coletivo – a “alma” da propriedade coletiva –, especialmente na perspectiva da partilha concreta em um sistema de propriedade coletiva, não é suficiente afirmar que é aquele que beneficia a sociedade como um todo. Destaca Jeremy Waldron que, seja o interesse coletivo associado a um bem-estar, ou a um critério estatal, ou a outros critérios holísticos, dadas tais concepções de interesse coletivo, resta saber os procedimentos a ser usados para a aplicação da concepção no caso particular.⁷⁶

⁷⁴ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. Manifesto Comunista, Boitempo Editorial, tradução de Álvaro Pina, 1ª Edição, março – 1998, 4ª reimpressão, junho de 2005, p. 53.

⁷⁵ GROSSI, Paolo. Op. cit., p. 7.

⁷⁶ WALDRON, Jeremy. Op. cit., p. 40.

De toda forma, como acentua Paolo Grossi, a propriedade coletiva é de ser entendida como um polo antitético àquilo que os ocidentais habitualmente entendem por propriedade e apresenta —, “em meio a mil variações, segundo os lugares, os tempos e as causas mais diferentes” — uma plataforma em comum: ser garantia de sobrevivência para uma comunidade plurifamiliar; ter um valor e uma função primordialmente alimentares, com um primado do objetivo sobre o subjetivo; e não ter a dimensão potestativa expressa em direito de disposição, limitando-se a apropriação propriamente dita apenas ao produto do fundo.⁷⁷

Na senda da propriedade coletiva, a concepção materialista da história, que contrapõe barbárie e civilização, situa que teria existido uma suposta idade do ouro, na qual a humanidade, quiçá na sua infância, possuía todos os bens em comum, ideia que, apesar do forte componente utópico, forneceu o suporte psicológico para o argumento teórico de que a propriedade privada não é natural e que, para certas correntes do pensamento que não reconhecem na instituição uma característica universal da cultura humana, constituiu artigo de fé, como professa o (já referido) socialismo científico, partindo da premissa de que o homem, na sua condição original, não conheceu a propriedade privada, instituição que não passaria de subproduto do modo de produção capitalista.

Essa crença é ilustrada por algumas situações, quais, por exemplo, a de que, nas colônias agrícolas da antiga Alemanha, a terra era coletivizada, o que teria sido confirmado por pesquisas feitas na Rússia, na década de 1840, chamando a atenção do mundo para as comunidades reparticionais chamadas *mir*, nas quais os camponeses russos tinham a terra em comum e a redistribuíam periodicamente entre si, para que fossem feitas mudanças nas dimensões das residências. Na década seguinte, sustentou-se que as tribos germânicas primitivas desconheciam a propriedade terra,⁷⁸ sendo essa noção de comunismo inicial capturada pelos estudos de Summer Maine, que, encontrando vestígios do comunismo primitivo na Índia, generalizou a concepção para afirmar que todas as sociedades primitivas era coletivizadas.

⁷⁷ GROSSI, Paolo. Op. cit., pp. 7 e 8.

⁷⁸ Georg von Maurer, jurista e historiador, confirmando as pesquisas feitas pelo especialista em agricultura prussiano August von Harxhausen (Pipes, 2001,74).

Firmou-se, então, a crença de que existiu um estágio de posse coletiva (comunismo primitivo) entre o período de vida nômade, onde se desconhecia a propriedade, e o período em que o homem, estabelecido no cultivo da terra, desenvolveu a noção de posse familiar ou individual.

Na expressão de Lewis Henry Morgan, antropólogo americano, em obra publicada em 1877,⁷⁹ baseada no estudo dos indígenas americanos, no estágio de “selvageria”, o mais inferior segmento da evolução humana, a humanidade conheceu a propriedade privada somente dos objetos de uso pessoal, como roupas, armas e utensílios, não tendo nenhuma ambição ou ganância pelas posses. A terra pertencia em comum à tribo e as habitações a seus ocupantes. A ideia de posse sobre uma parcela da terra, exercida com exclusividade, norteadas pelo aumento da população, desenvolveu-se aos poucos, à medida que a terra da tribo se subdividia entre os clãs e, depois, entre os indivíduos deles integrantes.⁸⁰

Pode-se dizer que também os escritos de Marx e Engels professam a crença inabalável de que originariamente toda propriedade era coletiva. No Manifesto Comunista, de fevereiro de 1848, os fundadores do socialismo científico,⁸¹ erguendo invectivas contra a propriedade burguesa, por eles tida como a mais perfeita expressão do modo de produção e de apropriação fundada nos antagonismos de classes, na exploração de uns pelos outros, haviam afirmado que “o que caracteriza o comunismo não é a abolição da propriedade em geral, mas a abolição da propriedade burguesa. Nesse sentido, os comunistas podem resumir sua teoria numa única expressão: supressão da propriedade privada”,⁸² acusada de desumanizar as pessoas e alienar o homem de si próprio, tendo em vista que, na sua busca, fazia submergir a sua identidade no dinheiro.

⁷⁹ “Sociedade antiga”.

⁸⁰ PIPES, Richard. Op. cit., p.75.

⁸¹ O socialismo científico, como evolução do socialismo utópico, caracteriza-se pelos seguintes pontos: a) o programa racionalístico de reconstrução da sociedade transforma-se em programa de autoemancipação do proletariado; b) o socialismo não mais se apresenta como um ideal, mas como uma necessidade histórica oriunda do inevitável declínio do modo de produção capitalista; c) o socialismo faz uso, agora, de um “método científico” de análise da sociedade e da história, que tem como pontos fortes o “materialismo histórico”, com a teoria da sucessão dos modos de produção, e a “crítica da economia política”, com a teoria da mais-valia como forma específica de exploração no capitalismo industrial. (Cf. Cesare Pianciola, *in* Dicionário de Política. Norberto Bobbio, Nicola Metteucci e Gianfranco Pasquino, Editora UnB, 10ª Edição, p. 1198.)

⁸² MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 52.

Referindo-se às instituições gentílicas entre os diversos povos selvagens e bárbaros, Engels afirma que entre os celtas o cultivo da terra era comum por aldeias inteiras,⁸³ como um vestígio de um costume universal anterior. Cada família cultivava cinco acres de terra em caráter particular, sendo o restante do campo cultivado em comum, com a repartição do resultado da colheita. Situação assemelhada é descrita em relação à gens irlandesa, na qual a terra era ainda propriedade coletiva dos clãs e das gens, exceto onde os chefes já a tinham convertido em propriedade privada deles próprios; e entre os germanos, entre os quais a terra era cultivada em comum entre as gens e, mais adiante, pela comunidade familiar comunista, seguindo-se a divisão posterior da terra entre as famílias, com novas divisões periódicas.⁸⁴

Na avaliação de Richard Pipes, há equívocos históricos — estaria apoiada em frágeis evidências — e de percepção na concepção materialista da origem da propriedade, tornada célebre pelos fundadores do socialismo científico: a doutrina do comunismo primitivo, o postulado central da literatura antipropriedade, teria sido minada por trabalhos teóricos contemporâneos e demolida pelos estudos antropológicos no século XX.

Consta (já foi afirmado) que, nas colônias agrícolas da antiga Alemanha, a terra era coletivizada, o que teria sido confirmado por pesquisas feitas na Rússia, na década de 1840, chamando a atenção do mundo para as comunidades reparticionais chamadas *mir*, nas quais os camponeses russos tinham a terra em comum e a redistribuíam periodicamente entre si, para que fossem feitas mudanças nas dimensões das residências; e que, na década seguinte, Georg von Maurer sustentou que as tribos germânicas primitivas desconheciam a propriedade da terra, figurando essa noção de comunismo inicial nos estudos de Summer Maine, que, encontrado vestígios do comunismo primitivo na Índia, generalizou a concepção para afirmar que todas as sociedades primitivas eram coletivizadas.

Entretanto (refuta o autor), escrevendo na década de 1850, o russo Boris Chicherin questionou e desafiou a interpretação da comunidade *mir*, formulada pelos nacionalistas românticos russos e transmitida ao ocidente. O *mir*, antes e longe de ser uma instituição

⁸³ O autor exemplifica com as leis do antigo País de Gales escritas séculos (o mais tardar no século XI) antes da conquista inglesa.

⁸⁴ ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado, 16ª Edição, 2002, Editora Bertrand Brasil Ltda., tradução de Leandro Konder, pp. 146, 147, 148 e 157.

atípica, informada pelo espírito comunal, não aquisitivo e pré-capitalista, fora produto do Estado czarista, criado em parceria com a instituição da servidão no final do século XVI, para assegurar, pelo mecanismo da responsabilidade coletiva, que os camponeses permanecessem submissos e cumprissem com as suas obrigações tributárias.

A propósito do comunismo primitivo entre as tribos germânicas, o americano Denman W. Ross teria demonstrado que tudo não passara de uma leitura equivocada das principais fontes de informação da matéria — basicamente Tácito e César. A ausência de limites entre os primitivos agricultores significava muito mais que a terra ainda não fora dividida, e menos que fosse possuída em conjunto: “Posses em comum e posse comunista devem ser cuidadosamente distintas. São coisas diferentes. Temos inúmeros casos de posse em comum descritos em antigos relatos, mas nenhuma posse comunista” (Denman W. Ross).⁸⁵

Afirma-se, outrossim, que, mesmo na época de Engels a principal forma de propriedade era a terra, que, durante a maior parte da história, não foi uma mercadoria no sentido comum do termo e que jamais teve ligação, na sua conversão em mercadoria, com a divisão social do trabalho, dada pelo socialismo científico como a chave do surgimento da instituição. A propriedade privada, no sentido genuíno — como titularidade completamente divorciada dos controles sociais, na acepção de Marx e Engels —, surgiu, na realidade, no capitalismo.

Teriam Marx e Engels contribuído muito pouco para a compreensão das origens da propriedade privada, visto que edificaram um modelo teórico de sociedade antes do surgimento da propriedade privada e, com suportes mínimos de antropologia e de história, nesse quadro descreveram como a propriedade deveria ter-se desenvolvido,⁸⁶ incorrendo no equívoco metodológico de interpretar o passado histórico sob as leis e as lentes do seu presente.

A propósito, pondera-se que a história social “se serve de textos apenas para deduzir, a partir deles, a existência de fatos e dinâmicas que não estão presentes nos

⁸⁵ PIPES, Richard. Op. cit., p. 79.

⁸⁶ PIPES, Richard. Op. cit. pp. 75, 77 e 79-80.

próprios textos”⁸⁷; e que, nessa batalha semântica para definir, manter e impor posições políticas, os conceitos, antes de servir para apreender os fatos dessa ou daquela maneira, apontam para o futuro.

“Privilégios políticos ainda por serem conquistados foram formulados primeiro em linguagem, justamente para que pudessem ser conquistados e para que fosse possível denominá-los. Com esse procedimento, diminuiu o conteúdo empírico presente no significado de muitos conceitos, enquanto aumentava proporcionalmente a exigência de realização futura contida neles”. E daí “a obrigação de compreender os conflitos sociais e políticos do passado por meio das delimitações conceituais e da interpretação dos usos da linguagem feitos pelos contemporâneos de então.”⁸⁸

Essa diretriz metodológica — compreender e interpretar o passado social e político pelas delimitações que lhe são contemporâneas — é também enfatizada por Fustel de Coulanges, ao afirmar que a propriedade é uma instituição dos antigos em relação à qual não se deve formar uma ideia a partir do que se constata à volta, tendo-se em conta que os antigos baseavam o direito de propriedade em princípios que não mais existem nas gerações atuais.⁸⁹

Já foi dito que o estudo das populações indígenas — pela ordem natural os primeiros ocupantes da Terra — leva alguns estudiosos aos vestígios históricos da propriedade coletivada. Assim faz Georg von Maurer, em relação às tribos germânicas primitivas; e Lewis Henry Morgan, quanto aos indígenas americanos, embora para alguns haja, nesses estudos, uma confusão entre os conceitos de posse em comum e posse comunista. Casos de posse em comum estariam descritos, em antigos relatos, como sendo de posse comunista ou coletiva. De toda forma, as relações dos indígenas com a terra, aqui e alhures, evidenciam traços da propriedade sem o tom da exclusividade do uso pelo titular.

Nesse salto de compreensão, afirma-se que a forma mais antiga de propriedade é a coletiva das comunidades gentílicas, nas quais cada membro do grupo tem sobre os bens móveis e imóveis — salvo os utensílios que o homem confecciona para si mesmo —

⁸⁷ KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado (Contribuição à semântica dos tempos históricos)*, Contraponto Editora Ltda – Editora PUC – Rio, 2006, tradução de Wilma Patricia Mass e Carlos Almeida Pereira, p. 97.

⁸⁸ *Idem*, pp. 102 e 103.

⁸⁹ DE COULANGES, Numa-Denis Fustel. *A Cidade Antiga*, Ediouro Publicações S.A, 2003 (tradução de Aurelio Barroso Rebello e Laura Alves), p. 85.

somente um direito temporário de uso, mas sem o poder de disposição, para tanto contribuindo o componente cultural da inserção do indivíduo no grupo no homem primitivo, ao qual pertence a terra. O que avulta é a comunidade, a verdadeira unidade social, e não o indivíduo. Os objetos pessoais, de fabricação pessoal, são inseparáveis da pessoa e se identificam com ela.⁹⁰

Estudando e escrevendo acerca dos costumes e hábitos de populações indígenas brasileiras, das tribos Cadiueu, Bororo, Nambiquara e Tupi-Cavaíba, Claude Lévi-Strauss descreve costumes no uso da terra e das habitações que de certa forma se põem na direção de um modelo empírico de apropriação material que, nos quadros conceituais, chamar-se-ia propriedade coletiva ou comunista, a iniciar-se pelo conhecido e generalizado sistema de vida típico das populações indígenas, centrado no nomadismo e na perambulação, que demandam grandes áreas de terra e de recursos naturais, nos quais possam desenvolver seu sistema de vida e cultura.

Famílias inteiras dos Cadiueu, v.g., na caça e na coleta da vida nômade, em benefício coletivo, desaparecem na floresta semanas a fio, por itinerários complicados, ninguém sabendo onde ficam os seus refúgios.⁹¹ Suas habitações são essencialmente coletivas, poucas cabanas abrigando uma só família,⁹² o mesmo sendo observado entre os Bororo, entre os quais uma cabana sem divisórias habita várias famílias, embora a sua cultura reserve uma habitação chamada “casa-dos-homens”, na qual dormem os adolescentes, e os homens casados fazem a sesta.⁹³

Num *flash* da vida coletiva da sociedade Bororo, afirma Lévi-Strauss que “... duas metades de aldeia obrigam-se a viver e a respirar uma por meio da outra, trocando as mulheres, os bens e os serviços em meio a uma fervorosa preocupação de reciprocidade, casando seus filhos entre si, enterrando mutuamente seus mortos, garantindo-se uma à outra que a vida é eterna, o mundo caridoso, e a sociedade, justa”.⁹⁴

⁹⁰ MARTIGNETTI, Giuliano. Propriedade, in Dicionário de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Editora UnB, 10ª Edição, p. 1030.

⁹¹ STRAUSS, Claude Lévi. Tristes Trópicos, Companhia das Letras (tradução de Rosa Freire D’Aguiar), 1996, p. 148.

⁹² *Idem*, pp. 161-162.

⁹³ *Idem, ibidem*, pp. 201 e 213.

⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 229.

Não é diferente entre os Nambiquara, em relação aos quais o etnólogo destaca a unidade econômica e psicológica do casal entre os grupos nômades, caçadores e lavradores, de um lado (os homens), e colhedores e catadores, de outro (as mulheres), direcionadas as atividades para o coletivo, ao menos na perspectiva do grupo, sedentários ou errantes que sejam os períodos de vida da tribo, segundo as épocas do ano.⁹⁵

A forma de vida das tribos indígenas, que têm na posse do território tribal o seu fator decisivo e essencial, depõe naturalmente em prol de uma efetiva apropriação coletiva, mesmo sem modelos rígidos, independentemente de formatos estatais, se bem que essa realidade, no Brasil, tenha passado ao largo da atenção dos legisladores de 1850, quando firmaram o regime de propriedade das terras no Brasil, sem embargo de um alvará de 1680 ter afirmado que os índios eram os primários e naturais senhores da terra.⁹⁶

Delineou-se, com base nos escritos de Engels, quanto à gens irlandesa, que ali a terra era ainda propriedade coletiva dos clãs e das gens, exceto onde os chefes já a tinham convertido em propriedade privada deles próprios; e entre os germânicos, que a terra era cultivada em comum entre as gens e, mais adiante, pela comunidade familiar comunista, seguindo-se a divisão posterior da terra entre as famílias, com novas divisões periódicas, num prenúncio, mesmo embaçado pela distância histórica, do arquétipo da propriedade comum a um grupo familiar, gestado nas disfunções do modelo coletivo.

No apontamento de Jeremy Waldron, a ideia de propriedade comum é superficialmente similar à de propriedade coletiva pela ausência de expectativas individuais, em termos, especialmente, de situação privilegiada com relação a qualquer recurso. Mas é diferente, visto que na propriedade comum os interesses coletivos têm um *status* especial. Nela, as regras que disciplinam o acesso e o controle dos recursos materiais são organizadas em bases segundo as quais cada recurso é em princípio disponível ao uso igualitário de todos os membros do grupo, quando, na propriedade coletiva, a partilha dos recursos materiais disponíveis se submete ao interesse coletivo da sociedade, vista como um todo.

⁹⁵ *Idem, ibidem*, pp. 270-271 e 293.

⁹⁶ RIBEIRO, Darcy. Os Índios e a Civilização – A integração das populações indígenas no Brasil moderno. Companhia das Letras, 2004, pp. 218-219.

Observa o autor, ainda, que a familiaridade com a ideia de propriedade comum não provém do conhecimento de nenhuma sociedade na qual essa forma de propriedade seja dominante, mas dá como exemplos, existentes em todas as sociedades, os parques e reservas nacionais e destaca que, nos casos de recursos limitados, ou que possam ser usados simultaneamente por todos que os desejem, a prática do sistema da propriedade comum exige procedimentos para determinar a justa distribuição para o uso individual.⁹⁷

O caso dos remanescentes das comunidades dos quilombos, no Brasil, poderia ser considerado como um exemplo moderno de propriedade comum, tendo em vista que o título definitivo de propriedade das terras por eles ocupadas é, por determinação legal, expedido em caráter coletivo (comum, em verdade, pois o universo de usuários limita-se aos remanescentes quilombolas), pelo poder público e em nome da comunidade, pró-indiviso e marcado pelas cláusulas de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.⁹⁸

Opondo-se à teoria do comunismo primitivo e professando a tendência da concepção originária de propriedade comum familiar, Fustel de Coulanges descreve a propriedade privada na antiguidade clássica como uma consequência dos cultos religiosos politeístas centrados na família e no lar. Na sua concepção, desde a mais remota antiguidade, as populações da Itália e da Grécia conheceram e praticaram a propriedade privada, não tendo chegado até o presente nenhuma lembrança de época em que a propriedade tenha sido comum (coletiva, mais precisamente) e nada que se assemelhe à partilha anual dos campos, praticada pelos germânicos.

Nessas sociedades gregas e italianas — continua o autor —, a religião doméstica, a família e o direito de propriedade tiveram origem inseparável. Cada família tinha seu lar e seus antepassados, cuja memória somente os seus membros poderiam cultuar, culto que pressupunha um lugar fixo, onde era edificado o altar no qual o fogo sagrado deveria ser mantido aceso de forma permanente. Tendo cada família seus próprios deuses, suas sepulturas, seus cultos, aos quais nenhum estranho poderia sequer estar presente, originou-

⁹⁷ WALDRON, Jeremy. Op. cit., p. 41.

⁹⁸ Assim dispõe a Constituição Federal, no art. 68 do ADCT, e o Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação e titulação de tais terras (art. 17).

se a necessidade natural de estabelecer limites por muros, fossos ou cercados. Essa vinculação da família ao lar, e deste ao solo — da casa a família é senhora e proprietária —, importou uma estreita relação entre a família e o solo, como propriedade da família. Transpor o limite dos domínios do lar — paliçada, tabique de madeira ou muro de pedra — constitui impiedade, atraindo a maldição dos deuses.

“A religião doméstica, na vida ou na morte, separava cada família das demais, afastando rigorosamente qualquer ideia de comunidade.” Todas essas crenças, usos e leis ensinaram ao homem a se apropriar da terra e lhe asseguraram o direito sobre ela. A propriedade privada da família, e não propriamente de um homem, era uma instituição da qual a religião doméstica não podia prescindir, sendo o solo onde repousam os mortos inalienável. Para Fustel de Coulanges, portanto, não foram as leis que garantiram o direito de propriedade, e sim a religião doméstica, cujas divindades vigiavam e guardavam os limites do domínio.⁹⁹

A forma originária de propriedade paira compreensivelmente num ambiente nebuloso, firmado sobretudo em conjecturas sociológicas. O fundamento religioso politeísta para a origem da propriedade privada entre os povos antigos — o próprio autor assinala que o conhecimento do direito romano que vem da Lei das Doze Tábuas já indica a possibilidade de venda da propriedade¹⁰⁰ — não é aceito sem contestação,¹⁰¹ mas a forma familiar de que se revestia a propriedade é geralmente aceita.¹⁰²

O exame das diferentes teorias acerca da origem da propriedade privada, especialmente da terra,¹⁰³ não propicia uma avaliação com a desejável ou sequer razoável evidência científica, considerando-se, de um lado, a ausência de registros históricos sobre a instituição e, de outro, o fato de que o domínio da natureza — a terra e suas acessões naturais — pelo homem se realizou de forma espontânea, como uma instituição natural, dissociada das noções de norma e de reconhecimento estatal.

⁹⁹ DE COULANGES, Numa-Denis Fustel. Op. cit., pp. 85, 86, 88, 90-91, 93 e 95.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 91

¹⁰¹ *Ihering* teria considerado as concepções “um pouco simplistas”. Além disso, afirma-se que os povos indoeuropeus, caracterizados por constantes migrações, não teriam um lar fixo para supultar os seus ancestrais (Giffard).

¹⁰² VAZ, Isabel. Direito Econômico das Propriedades, Editora Forense, 1ª Edição, 1992, p. 33.

¹⁰³ A posse (“propriedade”) dos objetos pessoais, dos utensílios domésticos, dos instrumentos de caça, dos frutos tirados da natureza, desvinculados na noção de mercadoria, não comporta discussão, por ser uma consequência natural do domínio da natureza pelo homem.

Mas não é desarrazoado afirmar, em consequência, que o embrião histórico da propriedade privada está na propriedade familiar primitiva, da qual adveio, na lenta evolução social e histórica, a propriedade privada individual da terra; e que a propriedade tribal da terra ou, mais apropriadamente, a propriedade grupal precedeu a propriedade individual, mas, como professam certas correntes, nunca teria sido comunista. Fora do grupo, o uso era distribuído segundo o interesse grupal, que foi suplantado pelo interesse individual, tendo este presidido a formação histórica da propriedade individual.¹⁰⁴

Há quem afirme, no entanto, que foi em Roma que a concepção de propriedade individual se firmou de maneira jamais conhecida no mundo, preponderando ali, na instituição, o sentido da individualidade, sendo o regime de bens dominado por dois fatores: a concepção do direito e a organização da família, esta calcada no culto ao lar e aos mortos, a demandar um sistema assecuratório; e o fato de terem os juristas dado ao conceito de propriedade o sentido mais rigoroso do mundo, como um direito absoluto, dotado de eficientes meios de defesa.¹⁰⁵

Mas o conceito romanístico de domínio, como *jus utendi, fruendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*, evidencia, no entanto, que o individualismo da propriedade romana, sobre não ter o sentido moderno, ligado à noção de direito subjetivo, era subordinado às necessidades sociais. A propriedade como direito individual inviolável, exclusivo, absoluto e despojado de limitações, reclamada como de direito natural pelos teóricos do século XVIII, em verdade não tem base no direito romano.¹⁰⁶

A idéia de um direito autônomo de propriedade de cada pessoa sobre coisas, como senhorio indiferenciado do *pater familias*, chefe do grupo familiar doméstico, sobre pessoas livres e escravas, e sobre coisas submetidas ao seu poder, é identificada em época anterior à Lei das XII Tábuas, mas esse poder não parece ser exercido de forma arbitrária

¹⁰⁴ MIRANDA, Pontes de. Op.cit., p. 65.

¹⁰⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil – Direito das Coisas –, Volume VI, 4ª Edição, Freitas Bastos Editora, pp. 284-285 e 286.

¹⁰⁶ VILLEY, Michel. Direito Romano, Editora Arcádia, Lisboa, 1973 — tradução de Maria Helena Nogueira —, pp. 130-131.

(absoluta) pelo *pater familias*, senão nos limites dos interesses do grupo familiar, dada a concepção arcaica de família como comunidade solidária.¹⁰⁷

A propriedade da terra, chamada *heredium* — porque destinada a ser transmitida por herança de pai para filho —, dada a sua importância religiosa e econômica como meio de subsistência e sede da família e das divindades familiares, e lugar das sepulturas dos antepassados, parece ter sido inalienável na antiguidade, alienáveis sendo somente os escravos e os animais de carga e de tração (*res mancipi*). Esse regime esteve sujeito a mudanças a partir da Lei das XII Tábuas, passando-se a formar, no âmbito do poder originário indiferenciado do *pater familias* sobre as pessoas e as coisas, um conceito autônomo de direito de propriedade, de natureza patrimonial, sobre as coisas (entre elas os escravos), que será chamado de *dominium* e, mais tarde, *proprietas*, que implica a ideia de atribuição da disponibilidade plena da coisa à pessoa, originando-se um conceito individualista de propriedade, cuja titularidade, já no início da era republicana, é atribuída ao *pater familias*, sem as amarras arcaicas do interesse do grupo familiar.¹⁰⁸

Todavia, o grande e instigante salto evolutivo reside no surgimento da moderna propriedade privada, com destaque para a sua matriz fundiária, tão amaldiçoada quanto celebrada. Para explicar o surgimento da propriedade privada, Engels, estribado nas conclusões dos estudos de Lewis H. Morgan, afirma que a família surgiu dos bandos primitivos de caçadores-coletores e que a propriedade apareceu paralelamente a essa realidade, como uma decorrência das contradições e disfunções do sistema da divisão do trabalho. A preeminência das tribos pastoras sobre o restante dos selvagens teria dado margem às condições necessárias para a troca de produtos entre membros de tribos diferentes, propiciando o desenvolvimento e a consolidação do comércio como instituição regular, e as suas consequências no surgimento da propriedade.

Nas antigas comunas primitivas, a propriedade privada ter-se-ia desenvolvido primeiramente através da permuta de bens com estranhos, prática que se intensificou de tal maneira que os bens se transformaram em mercadorias. Na medida em que mais produtos da comunidade assumiam a função de mercadoria; quanto menos se produzia para uso

¹⁰⁷ BURDESE, Alberto. Manuale di Diritto Privato Romano, III Edizione, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1975, p. 295.

¹⁰⁸ *Idem*. Op. cit., pp. 295-296.

próprio e mais para a finalidade de permutar com estranhos, mais a divisão natural primitiva do trabalho sofria disfunções em função da atrativa meta da permuta dentro da comuna.

Quanto mais a desigualdade se desenvolvia na propriedade dos membros individuais da comuna, mais se debilitava profundamente a antiga posse comum. Em todo lugar em que se desenvolvia, a propriedade privada passava a ser o resultado de relações alteradas de produção e troca, isto é, de causas econômicas. Com a produção de mercadorias, surgiu o cultivo individual da terra e, na sequência, a propriedade individual do solo, mais tarde aparecendo o dinheiro, mercadoria universal, denominador comum de todas as outras, com o *status* de novo poder social, universal e único, perante o qual se inclinou a sociedade inteira. A invenção do dinheiro teria coincidido com o advento da propriedade privada da terra. A divisão do trabalho, portanto, seria a pedra de toque da origem da propriedade privada, afigurando-se o comércio como uma atividade na qual os participantes, antes de serem companheiros e irmanados, buscando proveito recíproco, são inimigos naturais, na medida em que um ganha e o outro perde. O comércio seria, nessa concepção, uma “trapaça legalizada”.

Na visão de Engels, o fator decisivo da história é a produção e a reprodução da vida imediata. De um lado a produção dos meios de existência, de instrumentos necessários ao uso, de produtos alimentícios e de habitação; de outro, a reprodução do próprio homem, para dar continuidade à espécie. Na instituição da propriedade privada, a instituição da família monogâmica é tida como um fator decisivo, na medida em que fez concentrar a riqueza nas mãos do homem, com a possibilidade de sua transmissão aos seus filhos, por herança. O direito paterno, com a herança dos haveres pelos filhos, facilitou a acumulação de riquezas na família, convertendo-a num poder contrário à gens.

Sobrepondo-se a propriedade privada à propriedade coletiva, observa o autor que os interesses de transmissão por herança levaram à preponderância do direito paterno e da monogamia, passando o matrimônio a depender inteiramente de considerações econômicas; e que, a partir dos descobrimentos, a produção capitalista passou a conquistar o mundo valendo-se do comércio universal, transformando todas as coisas em mercadorias e destruindo as antigas relações tradicionais, com a substituição dos costumes herdados e dos direitos históricos pela compra e venda, pelo “livre” contrato.

O progresso em relação às épocas anteriores — na afirmação do jurista inglês Sumner Maine — consistiu na passagem da ordem das coisas herdadas para uma ordem consensual, isto é, *from status to contract*.¹⁰⁹ Pela doutrina de Henry Sumner Maine, estudioso inglês do século XIX, o processo de desenvolvimento das sociedades humanas, das organizações sociais, pode ser descrito como um processo de transição do *status*, que era a posição ocupada pela pessoa no seio da comunidade, categoria ou ordem do grupo, ao contrato.

Em virtude dessa concepção, conhecida como “Lei de Maine”, exprime-se a ideia de que, nas sociedades antigas, as relações políticas entre os homens eram determinadas pela sua posição social ocupada no seio do seu respectivo grupo, especialmente a família, da qual decorreria mecânica e passivamente o seu *status*, que lhes proporcionava poder e independência, diversamente do que ocorre nas sociedades modernas, nas quais a conduta dos homens tende a ser cada vez mais fruto de escolhas pessoais livres, ditadas pela sua iniciativa e vontade autônomas, que se expressam no contrato, símbolo e instrumento por excelência de atuação.¹¹⁰

No domínio das relações econômicas, exacerba-se a divisão social do trabalho, cresce a diversificação das formas de produção e aumenta a produtividade. A produção é destinada mais ao comércio, às trocas, e menos ao consumo; o incremento do comércio possibilita a transformação dos produtos da comunidade em mercadorias. O surgimento da moeda e da usura constitui decorrência do cultivo individual da terra. A constituição real gentílica, que previa a propriedade coletiva da terra e a sua exploração pelo trabalho comum dos pequenos agricultores, é destruída quando os homens inventaram o dinheiro, a mercadoria universal, pela qual todas as demais podiam se trocar.

No âmbito das relações sociais, a riqueza é elevada ao *status* de bem supremo, justificando-se a sua aquisição até mesmo pelo roubo e pela violência. Para garantir as riquezas individuais contra as tradições comunistas das comunidades gentílicas, para a consagração da propriedade privada, legitimando as novas formas de aquisição e acumulação da riqueza, surge o Estado, um aparelho de constrangimento destinado a

¹⁰⁹ ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado, 16ª Edição, 2002, Editora Bertrand Brasil Ltda., tradução de Leandro Konder, pp. 82, 86, 124-125 e 180-181.

¹¹⁰ ROPPO, Enzo. O Contrato. Livraria Almedina, Coimbra, 1988, pp. 26-27.

assegurar e legitimar a divisão da sociedade em classes e o poder dos economicamente mais fortes.¹¹¹

Para Engels, pode-se afirmar, a propriedade coletiva da terra, existente no estágio inicial da família, surgida espontaneamente, transformou-se em propriedade individual privada em decorrência da divisão social do trabalho, que levou à produção crescente de produtos para o comércio, transformando os bens em mercadorias. Na produção de bens para permuta, para o comércio, surge a ambição e a ganância entre os homens, elevando-se a riqueza à categoria de bem supremo do homem, ambiente no qual foi gestada a propriedade privada, em compasso com a família monogâmica. Para legitimá-la na sua forma de aquisição e manutenção, contra as tradições gentílicas, aparece o Estado. O regime gentílico foi, portanto, destruído pela divisão do trabalho, que dividiu a sociedade em classes, e substituído pelo Estado.

Firmado que a propriedade grupal (tribal, gentílica ou familiar) precedeu a propriedade privada individual e que esta teria surgido de um processo histórico de superação do interesse grupal pelo interesse individual, é importante identificar, com a visibilidade social possível, como, no tempo e no espaço, teria ocorrido o *fiat* da propriedade privada individual, especialmente da terra — quando a terra se tornou mercadoria, ensejando a propriedade comprada.

Ainda para Engels, na fase superior da barbárie, inventado o dinheiro, a mercadoria por excelência, a posse de parcelas do solo, concedida pela gens ou pela tribo aos indivíduos, ganhou tamanho incremento que a terra passou a ser transmitida por herança, fato que ensejou àqueles que recebiam as parcelas reivindicar que fossem elas liberadas dos direitos que sobre elas tinham as comunidades gentílicas. Removido o obstáculo e substituída a propriedade suprema da gens pela do novo proprietário, nasce a propriedade privada da terra. A terra, em decorrência dessa evolução fundiária, tornou-se mercadoria, podendo ser vendida ou penhorada.¹¹²

Mas, a par de célebre e sedutora, dado o prestígio político e ideológico do seu autor, a concepção não passa incólume à contestação. Acentua Richard Pipes que a genuína

¹¹¹ ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado, 16ª Edição, 2002, Editora Bertrand Brasil Ltda., tradução de Leandro Konder, pp. 2, 3, 82, 119, 188 e 190.

¹¹² *Idem, ibidem*, p. 188.

propriedade privada, livre dos controles sociais, não teria nascido da divisão social do trabalho, senão no capitalismo, nos primórdios da era moderna, como consequência da expansão do comércio e das descobertas do Novo Mundo.

Com o desenvolvimento do comércio, no final da Idade Média — a Revolução Comercial (séculos XV-XVII) expandiu as trocas por todo o mundo, propiciando uma formidável concentração de riqueza nos países da Europa ocidental —, e da indústria, a partir do século XVIII, sobretudo na Inglaterra,¹¹³ com a Revolução Industrial,¹¹⁴ ambas as atividades assumindo a dianteira econômica em relação à agricultura, a propriedade, em algumas partes da Europa, passou a ter por objeto o capital, como bem pessoal de livre aquisição, sem amarras políticas, passando a ser vista como um valor positivo, e não como um mal necessário.

A propósito, afirma-se que, na tradição ocidental do estudo político, há duas visões do fenômeno propriedade. A “antiga”, cuja tradição se inicia com Aristóteles e continua com Tomás de Aquino, na qual a propriedade aparece como um fenômeno moral e político e pré-requisito para a condução a uma vida cívica plena e virtuosa. O cidadão, imerso na unidade produtiva da família (*oikos*), que lhe proporcionava poder, lazer e independência, tinha na propriedade uma extensão e pré-requisito de personalidade. O cidadão possuía propriedade, não para se engajar em comércio, disposição ou lucro, senão para ser autônomo. A autonomia era-lhe necessária para levar uma vida de virtude cívica e de bondade como ator no campo ou na ordem política, social e cultura.¹¹⁵

Já a visão da propriedade “moderna” representa uma superação da propriedade como um item no plano de relações essencialmente políticas. A transição do antigo para o moderno, no fenômeno da propriedade, liga-se ao advento do capitalismo, com a superação da noção de riqueza pautada na propriedade fundiária. As relações e os processos cada vez

¹¹³ BURNS, Edward McNall (Robert E. Lerner e Standish Meacham). História da Civilização Ocidental, Editora Globo, 30ª Edição, Volume 2, pp. 513-515.

¹¹⁴ A expressão “Revolução Industrial” é atribuída a ENGELS, um dos fundadores do socialismo científico, “para expressar o conjunto de transformações técnicas e econômicas que caracterizaram a substituição da energia física pela energia mecânica, da ferramenta pela máquina e da manufatura pela fábrica no processo de produção capitalista.” (Cf. Leonel Itaussu A. Melo e Luís César Amad Costa, História Moderna e Contemporânea, Editora Scipione, 1999, p. 196.)

¹¹⁵ POCOCK, John Greville Agard. Virtue, Commerce, and History: Essays on Political Thought and History Chiefly in The Eighteenth, Cambridge University Press, 1985 (Ideas in context), p. 103.

mais complexos e dinâmicos da economia começam a superar em importância as relações políticas entre as pessoas, engolindo a antiga *polis*, tal como esta tragara o *oikos*.

Triunfa o paradigma da possibilidade de aquisição irrestrita, sem amarras legais e, sobretudo, morais, e nisso é decisiva a distinção entre pessoas e coisas. A propriedade avança de um pré-requisito das relações políticas entre as pessoas para tornar-se um sistema de relações juridicamente dinâmicas entre pessoas e coisas ou, mais precisamente, entre pessoas por meio das coisas. A propriedade, sem perder a importância como fator da virtude da cidadania, como pré-requisito ou extensão da personalidade, passa a ser também aquilo a que a pessoa tem direito.¹¹⁶

O capital tomava o lugar dos bens imóveis como a fonte por excelência de riqueza, promovendo o sistema capitalista, de início ligado ao comércio, à economia monetária e à vida urbana, numa inversão da mais célebre classificação dos bens em imóveis e móveis. Anteriormente a isso, e até mesmo na época de Engels, a principal forma de propriedade recaía sobre a terra, sobre a qual as discussões implicavam sempre questionamentos com os poderes soberanos (reais ou papais), e que, até então, nunca fora tratada como mercadoria — isto é, possuída por proprietários privados e livremente negociável por eles¹¹⁷ —, não podendo conseqüentemente ser considerada como autêntica propriedade, que implica o direito de transmissão.

A propriedade privada da terra — prossegue Pipes — não era conhecida de nenhuma sociedade antiga na Europa e na Ásia, pelo menos até o último período da antiguidade, situação que se diferenciava apenas em Roma e na Grécia. Em Roma, o primeiro Estado na história a desenvolver normas e procedimentos legais completos, praticados por juristas profissionais, as leis que tratavam da propriedade alcançaram o mais completo desenvolvimento. A propriedade quirritária em muito correspondia à propriedade na acepção moderna da palavra, pertencendo ao chefe de família, que podia legá-la ou transmiti-la por herança, ou mesmo vendê-la.

Na Grécia, a primeira democracia do mundo, berço da noção de cidadania, vinculada à *polis*, estando a posse da terra e a cidadania ligadas de forma indissociável,

¹¹⁶ *Idem*, p. 104.

¹¹⁷ HOBBSAWM, Eric J. A Era das Revoluções, Paz e Terra, 21ª Edição, 2007, tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel, p. 210.

apenas os cidadãos podiam possuir terras e somente os donos de terra podiam ser cidadãos, ali se admitindo a primeira evidência da atividade agrícola praticada por donos de terra independentes. Mas a terra não era ainda tratada como mercadoria, podendo ser transmitida, mas não negociada, sendo a sua posse vinculada à liberdade pessoal e aos direitos de cidadania. Do prestígio da propriedade na Grécia clássica é sintomática a atenção que a ela devotaram Platão e Aristóteles.¹¹⁸

Pondera Moreira Alves, no entanto, que a conceituação da propriedade no direito romano constitui questão complexa em face das alterações pelas quais passou a sua estrutura ao longo de mais de dez séculos, nos quais o conteúdo do direito se alarga e se reduz, tanto em face do regime político como em face das exigências econômico-sociais.¹¹⁹ Não é inconcusso afirmar, por conseguinte, que ali se praticasse algo assemelhado ao conceito moderno de propriedade, incidindo sobre a terra, como direito subjetivo oponível até mesmo ao Estado.

Já se fez referência a dois fatores culturais considerados de forte inserção no *iter* formativo da propriedade: o crescimento do individualismo, fazendo com que a propriedade fosse considerada como um prêmio por uma vida sensata; e a retomada da ideia estoica de lei da natureza, agora com uma justificativa racional — fora das Escrituras —, pela qual todos os seres humanos têm direitos inatos que nenhum governo poderia violar, porque os Estados foram concebidos para protegê-los. A igualdade dos homens, em face da lei, e os seus direitos inatos, entre os quais o de propriedade, anteriores ao Estado, constituiriam elementos essenciais à lei da natureza, daí florescendo a defesa teórica da propriedade privada, de inspiração sobretudo fundiária, como característica da lei natural, não devendo o Estado nela interferir, dado que instituído com a finalidade de protegê-la.

Mas a causa mais objetiva desse salto evolutivo — a terra tratada como mercadoria, possibilitando a propriedade comprada — é tida basicamente como de natureza econômica, embora de perfil diferenciado do adotado por Engels, tendo em conta que a moderna concepção de propriedade como bem produtivo está ligada à terra. Nesse diagnóstico, as transformações no regime da ocupação da terra — gentílica ou tribal, familiar e individual, comprada e transmitida — estão ligadas ao incremento da população, a exigir métodos mais

¹¹⁸ PIPES, Richard. Op. cit., pp. 47, 77, 115, 126, 128 e 131.

¹¹⁹ ALVES, José Carlos Moreira. Op. cit., pp. 342-343.

racionais de exploração, com o aumento da eficiência, visto que a exploração sem critérios leva ao esgotamento dos recursos naturais. O regime grupal chegou ao esgotamento como modelo de posse da terra.

Aponta Pipes, entre outros, dois exemplos que ilustram tal realidade. O primeiro é o da Companhia de Jamestown, na Virginia, a primeira colônia britânica permanente na América do Norte, que, adotando o princípio comunista, estabeleceu que cada membro da comunidade contribuiria para o sustento comunitário, recebendo, em contrapartida, as provisões necessárias ao seu sustento. Como tal política levasse a comunidade à indigência, às portas da fome, a Virginia Company pôs termo à opção política e deu a cada membro um terreno de três acres para o seu sustento e de sua família. Tudo restou mudado: a produtividade teve um crescimento de dez vezes!

O outro exemplo é o do surgimento do direito de propriedade no oeste americano depois da descoberta do ouro. Encontrado o metal na Califórnia, pela vez primeira, em 1848, quando a terra era do governo federal e não existindo regras sobre a exploração de recursos minerais em terras públicas, centenas de mineradores migraram para a região, mas não se acirrara a disputa em face da vastidão da área. Havia abundância de terras para a mineração e os exploradores eram poucos. Todavia, quando os interessados acorreram ao local aos milhares, a situação mudou: as áreas para a atividade se tornaram cada vez mais escassas, levando os mineradores a reconhecer, por voto de maioria, o direito dos reivindicantes de explorar com exclusividade uma área determinada.¹²⁰

É a vetusta lei da escassez — que leva à utilidade marginal das coisas —, sempre lembrada pela economia política, aplicada ao elemento fundiário: quando a terra se torna escassa, surge a disputa pela sua apropriação e, conseqüentemente, a propriedade privada individual, em virtude de consenso da comunidade ou por imposição do mais forte. A escassez passa a ser a causa econômica objetiva da submissão da terra ao regime de mercadoria, o que permite supor que nos tempos históricos não tenha sido diferente.

Tendo a realidade vida própria, afigura-se difícil se não impossível entendê-la racionalmente. De toda maneira e por vias que desafiam explicação histórico-social inconcussa, chegou o homem à moderna propriedade privada individual da terra, de livre

¹²⁰ PIPES, Richard. Op. cit., pp. 116-117.

aquisição e disposição, *inter vivos*, e transmissível por herança. Mas é forçoso admitir, sopesadas as divergências doutrinárias, que nos primórdios da instituição conviveu o homem, em diferentes formas — em escala simultânea, marginal ou predominante — e épocas, com os arquétipos coletivo e familiar.

Foi anotado que, na percepção de Jeremy Waldron, a ideia de propriedade comum é similar à de propriedade coletiva pela ausência de expectativas individuais quanto à partilha dos recursos produzidos, porém essencialmente diferente pelo fato de que, na propriedade comum, os interesses coletivos têm um *status* especial. Nela, o acesso e o controle dos recursos materiais são organizados em bases segundo as quais cada recurso é em princípio disponível ao uso igualitário de todos os membros do grupo; ao passo que, na propriedade coletiva, a partilha dos recursos materiais disponíveis se submete ao interesse coletivo da sociedade, vista como um todo. Já na propriedade individual, as normas — de acesso e controle dos recursos materiais — são organizadas em torno da ideia de que tais recursos constituem objeto separado de apropriação individual.

O conceito de propriedade privada material, ressalta o autor, é, na realidade, a expressão do sistema de regras legais que disciplinam o acesso e o controle dos recursos materiais, quando esses recursos são capazes de satisfazer as necessidades e os desejos do homem.¹²¹ Nessa perspectiva, pode-se afirmar que, conforme a concepção operacional dessas regras, faz-se possível identificar, ao menos conceitualmente, na evolução da arqueologia da propriedade, os arquétipos da propriedade coletiva, da propriedade comunitária e da propriedade individual, mas não necessariamente de forma sucessiva no tempo. Como ressalta Jeremy Waldron, não há exemplos de sistemas puros em nenhum dos tipos considerados. Todos os sistemas combinam, até certo ponto, as características da propriedade comum, coletiva e privada.¹²²

O mais provável é que tipos históricos de propriedade convivam simultaneamente, ou que exista um tipo que predomine — *v.g.*, a propriedade individual nos tempos modernos —, mas sem exclusão dos demais, ainda que de forma residual.

Conquanto adote outra tipologia na classificação histórica da propriedade — propriedade individualista (a do direito romano clássico e a do *Code Civil*/1804),

¹²¹ WALDRON, Jeremy. Op. cit., pp. 31-32.

¹²² *Idem*, p. 42.

propriedade dividida (a dos diversos direitos reais do feudalismo), propriedade comunitária (uso dos bens por uma comunidade: família, clã etc.) e propriedade coletivista (pertencente a uma grande coletividade, em geral o Estado) —, ressalta John Gilissen que na realidade os tipos de propriedade convivem simultaneamente; ou, quando muito, observa-se a predominância de um tipo, mas sem excluir os demais.¹²³

1.3 A Propriedade no Ideário do Direito Natural e do Jusracionalismo – o Ambiente das Codificações.

Tratando dos pressupostos culturais do jusracionalismo, no qual diagnostica a força mais poderosa no desenvolvimento do direito moderno depois do *corpus juris civilis*, Franz Wieacker destaca que o direito natural é uma questão permanente do homem teórico acerca do seu papel na sociedade — sendo, como tal, uma filosofia social, e que a sua tradição é sempre invocada “quando uma ordem jurídica histórico-concreta perde a sua persuasão, no plano do saber jurídico difuso da sociedade, e a sua plausibilidade espiritual em relação às elites do seu tempo”.¹²⁴

É da tradição do pensamento jusnaturalista, em suas diversas tendências,¹²⁵ a ideia milenar de que existe uma lei superior à vontade humana, à qual deve obediência o poder constituído, lei que é a origem e o fundamento do direito positivo. Essa ordem ontológica,

¹²³ GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito, 4ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian – Lisboa, p. 636.

¹²⁴ WIEACKER, Franz. História do Direito Privado, tradução de A.M. Botelho Hespanha, 3ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian/Lisboa, abril de 2004, p. 281.

¹²⁵ O significado do termo jusnaturalismo, advertem os autores, é diverso segundo a concepção de direito natural: ora se trata de uma lei natural em sentido estrito, fisicamente conatural a todos os seres animados; ora da vontade divina revelada à razão dos homens; ora de uma lei ditada pela razão, específica para o homem que a encontra dentro de si. Mas as diferentes correntes têm em comum as ideias de que o homem tem direitos inatos e independentes do Estado (i); de que a sociedade civil foi precedida pelo estado de natureza (ii); de que, em algum momento, eles restaram na contingência de criar a sociedade política por consenso, para preservar os direitos naturais (iii); e a ideia de prevalência do direito subjetivo sobre o direito objetivo (iv). (Cf. Guido Fasso, Dicionário de Política – Norberto Bobbio, Nicola Mateucci e Gianfranco Pasquino –, Editora UnB, 10ª Edição, p. 656; e Miguel Reale, Horizontes do Direito e da História, Editora Saraiva, 2002, p. 102.)

transcendente aos desígnios do homem, universal, imutável e cognoscível, como a expressão do justo, constituiria o critério de legitimação do ordenamento jurídico.¹²⁶

Já na antiguidade grega, quando os estoicos afirmavam que a natureza era governada por uma lei universal racional e imanente, registra-se um justo por natureza que se opõe ao justo por lei, tendo a figura de Antígona, na tragédia homônima de Sófocles, se recusado a obedecer às ordens do rei, por considerar que as ordens da autoridade pública não podem sobrepor-se às leis eternas dos deuses.¹²⁷

Nessa vertente do direito natural, cujo fundamento é a lei natural comum a todos os seres animados, e que se opunha aos estatutos imperfeitos da vida cotidiana, também Aristóteles alude a uma parte natural da justiça política, indiferente às opiniões e eficaz em qualquer lugar, e a uma parte legal, ditada por meio de leis:

A justiça política é em parte natural e em parte legal. A parte natural é aquela que tem a mesma força em todos os lugares e não existe por pensarem os homens deste ou daquele modo. A legal é o que de início pode ser determinado indiferentemente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecido (por exemplo, que o resgate de um prisioneiro seja de um *mina*, ou que deve ser sacrificado um bode e não duas ovelhas), e também todas as leis promulgadas para casos particulares (como a que mandava oferecer sacrifícios em honra de Brásidas), e as prescrições e decretos.

Algumas pessoas pensam que toda justiça é desta espécie, porque as coisas que existem por natureza são imutáveis e em toda parte têm a mesma força (como o fogo que arde aqui e na Pérsia), ao passo que essas pessoas observam alterações nas coisas reconhecidas como justas. Isso, porém, não é verdadeiro de modo absoluto mas apenas em certo sentido; para os deuses talvez não seja verdadeiro de modo algum, mas para nós existe algo que é justo mesmo por natureza, embora seja mutável. De qualquer modo, existe uma justiça por natureza e outra por convenção.¹²⁸

¹²⁶ CHORÃO, Mário Bigotte. *Temas Fundamentais de Direito*, Livraria Almedina, Coimbra, 1986, pp. 101-105.

¹²⁷ FASSO, Guido. *Jusnaturalismo*, in *Dicionário de Política*, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Editora UnB, 10ª Edição, p. 656.

¹²⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, Martin Claret – Coleção A Obra Prima de Cada Autor, 2004, Livro V, n. 7, pp. 117-118.

A criação da sociedade civil, para uma das linhas teóricas do direito natural — a que concebe a propriedade como um direito natural, nascido antes do Estado —, foi a saída encontrada para pôr fim ao estado de guerra no qual os homens se encontravam no estado de natureza, onde imperava a força, com a finalidade de conservar o direito a vida e a propriedade individual como os direitos naturais do homem. A constituição do Estado, portanto, não teve por finalidade apenas conservar a vida, senão, também, a propriedade, como direito natural fundamental.

A propriedade,¹²⁹ nessa perspectiva, figura como um direito natural que precede a qualquer constituição civil, cabendo ao indivíduo independentemente do Estado, cujo poder encontra um limite externo num direito que não tem origem em nenhuma vontade e pertence a todos os indivíduos, pela sua própria natureza, dissociados completamente da participação da sociedade política. Em relação a esses direitos, que têm validade em si mesmos, tem o Estado o dever de reconhecê-los e garanti-los.

Na passagem do Estado de natureza para o Estado civil, o homem não abdica dos direitos naturais fundamentais, mas conserva o que tem de melhor no estado de natureza. No estado natural o homem tem direitos naturais, mas eles não estão garantidos. A criação da autoridade, com o Estado civil, passa a ser, substancialmente, uma instância consensual de proteção dos direitos naturais fundamentais, que ganham em coercitividade.

Para outros teóricos do direito natural, a propriedade individual, como o direito de usufruir das coisas, com exclusão de eventuais pretendentes, e delas dispor, não pode ter fundamento numa ordem ontológica transcendente à vontade humana, como expressão do justo decorrente da natureza das coisas, somente se realizando no âmbito da sociedade política, constituindo-se, portanto, como uma criação do direito positivo produzido pelo Estado. A passagem do estado de natureza para o Estado civil, no discurso dessa corrente, leva à extinção dos direitos fundamentais naturais — melhor diria à sua mutação —, que são apropriados, transformados e adquirem outro fundamento de existência e de validade –

¹²⁹ *Rectius* – O poder direto, imediato e efetivo sobre a coisa, como fenômeno histórico (o fato social do pertencimento), e não a propriedade como entidade jurídica, a supor um direito imposto por um poder político: o *dominium* como conteúdo, expresso em situações de efetividade econômica sobre os bens, ainda que destituídas do sinete dos cânones fundiários. (Um mundo de fatos nem formal nem oficial, porém munido de efetividade e de incisividade – Paolo Grossi.)

a autoridade estatal. Dá-se uma superposição completa do estado de natureza pelo estado civil.¹³⁰

Afirma Rousseau, nessa concepção, que, “no Estado da natureza, em que tudo é comum, não devo nada a quem não prometi, só reconheço como alheio o que me é inútil; não acontece o mesmo no Estado civil, onde a lei determinou todos os direitos”; e, mais especificamente, que:

O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito sem limites a tudo que só tenta e pode atingir; ganha a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Para não vos enganardes nessas compensações, cumpre distinguir bem a liberdade natural, que só tem por termo as forças do indivíduo, da liberdade civil, que é limitada pela vontade geral; e a posse, que é só efeito da força, ou o direito do primeiro ocupante, da propriedade, que não pode ser fundada a não ser num título positivo.¹³¹

Para explicar em que circunstâncias surgira a propriedade privada antes da sociedade política, como que num salto evolutivo de um estado primitivo sem propriedade para um estado sucessivo com propriedade, os jusnaturalistas da primeira corrente lançam mão da teoria do contratualismo,¹³² pela qual, em convenções recíprocas tácitas, cada qual afirmava a sua soberania sobre a coisa, afastando os demais, que se comprometiam a respeitá-la, numa espécie de categoria intermediária entre o direito natural propriamente dito e o direito positivo — direito natural convencional. Vivendo os homens no estado de natureza, num quadro fático de comunhão negativa, a lei natural não determinara como pudessem eles considerar os bens materiais como propriedades; mas, de outro lado, tê-los-ia inspirado para introduzir uma divisão dos bens através de convenções.¹³³

Outra é a explicação de John Locke, pela qual o título de aquisição da propriedade e de legitimação da riqueza não é o contrato, e sim o trabalho do homem com a força das

¹³⁰ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, Editora Universidade de Brasília, 2ª Edição, pp. 37-40.

¹³¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*, Editora Martin Claret, 2001, p. 35 e 47.

¹³² Não se trata da figura do “contrato social” como hipótese explicativa, como construção simbólica da ordem humana.

¹³³ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, Editora Universidade de Brasília, 2ª Edição, pp.104-105.

suas mãos, fato unilateral e verdadeiramente natural. No Estado de natureza — uma das noções básicas do pensamento lockeano —, uma suposta situação pré-cívica de convívio humano, na qual a liberdade é a lei maior, os homens vivem em perfeita liberdade para regular as suas ações e dispor de suas posses, dentro das leis da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de nenhum outro homem; todos são iguais na vulnerabilidade à violência, em face da ausência de autoridade que regule o uso da força.¹³⁴

No Estado de natureza, todo homem tem o direito de punir o transgressor e de ser o executor da lei da natureza. Na busca da sobrevivência, o homem pode infligir ao outro males de toda natureza, até mesmo a morte.¹³⁵ O indivíduo não tem capacidade de julgar os outros segundo leis da razão, e sim de acordo com as suas tendências, o que implica a criação de instituições para evitar as infrações dos indivíduos contra os outros. Somente pelo consentimento é que os homens podem se tornar membros de alguma sociedade política.¹³⁶

Surge, então, a noção de contrato social, filtrando os aspectos negativos da natureza humana e tendo por função, em face das disfunções do Estado de natureza — uma mistura de bem e de mal —, a de eliminar o mal e conservar o bem, identificado este com os direitos naturais de igualdade e liberdade; e, o mal, sobretudo, na falta de um juiz imparcial que permita o exercício pacífico daqueles direitos.¹³⁷

No pensamento de Locke, a propriedade é a fonte e a razão de ser de todos os governos,¹³⁸ embora a Terra e tudo o que nela existe tenham sido dados ao homem para o sustento e conforto da sua existência. Eis um excerto do autor, a propósito:

Quer consideremos a razão natural — que nos diz que os homens, uma vez nascidos, têm direito à sua preservação e, portanto, à comida, bebida e a tudo quanto a natureza lhes fornece para a sua subsistência — ou a revelação — que nos relata as concessões que Deus fez do mundo para Adão, Noé e seus filhos —, é perfeitamente claro

¹³⁴ LOCKE, John. Dois Tratados sobre o Governo, tradução de Júlio Fischer, Editora Martins Fontes, 1ª Edição (2ª tiragem), São Paulo, 2001, pp. 381-382.

¹³⁵ BITTAR, Eduardo C.B. Curso de Filosofia Política, Atlas, 2ª Edição, 2005, p. 158.

¹³⁶ LOCKE, John. Op.cit., pp. 386, 387 e 394.

¹³⁷ BOBBIO, Norberto. Locke e o Direito Natural, 2ª Edição, Editora Universidade de Brasília, tradução de Sérgio Bath e revisão de Dourimar Nunes de Moura, 1997, p.187.

¹³⁸ PIPES, Richard. Op. cit., p.57.

que Deus, como diz o rei David (Sl. 115, 61), deu a terra aos filhos dos homens, deu-a para a humanidade em comum. Supondo-se isso, porém, parece ser da maior dificuldade, para alguns, entender como pode alguém chegar a ter a propriedade de alguma coisa. Não me contentarei em responder que, se é difícil conceber a propriedade com base na suposição de que Deus deu o mundo a Adão e à sua descendência em comum, é impossível que qualquer homem, a não ser um monarca universal, tenha qualquer propriedade baseando-se na suposição de que Deus deu o mundo a Adão e seus herdeiros e sucessores, excluindo-se todo o resto da sua descendência. Contudo, esforçar-me-ei por mostrar de que maneira os homens podem vir a ter uma propriedade em diversas partes daquilo que Deus deu em comum à humanidade, e isso sem nenhum pacto expresso por parte de todos os membros da comunidade.¹³⁹

Kant, que não aceita o contrato nem o trabalho como fundamentos da propriedade, legitima-a pela ocupação, meio tradicionalmente aceito como forma natural e original de aquisição, nos tempos primitivos, em relação às coisas que a ninguém pertencem. “O modo de ter alguma coisa externa como sua num Estado de natureza é posse física que tem a seu favor a presunção jurídica de que será convertida em posse jurídica através de sua união com a vontade de todos numa legislação pública, e em antecipação a isso é válida comparativamente como posse jurídica”.¹⁴⁰

Para Kant, para quem a natureza abomina o vazio, a terra (solo habitável) deve ser considerada como substância em relação a tudo o que nela existe, que deve ser considerado como inerência. A posse original, na sua concepção, “é um conceito da razão prática que encerra *a priori* o princípio exclusivamente de acordo com o qual as pessoas podem usar um lugar sobre a Terra conforme princípios de direito”. Sua ocupação, como uma coisa própria, no Estado de natureza, constitui, para o autor, a forma original de aquisição. Diz ele, incisivamente:

A única condição na qual a tomada de posse (*apprehensio*), começando pela ocupação de uma coisa corpórea no espaço (*possessionis physicae*), se conforma com a lei

¹³⁹ LOCKE, John. Op. cit., pp. 405-496.

¹⁴⁰ KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes, tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini, EDIPRO – Edições Profissionais Ltda., 1ª Edição, 2003, p. 102.

da liberdade externa de todos (daí *a priori*) é aquela da anterioridade no tempo, ou seja, somente na medida em que é a primeira tomada de posse (*prior apprehensio*), que é um ato de escolha. Mas a vontade de que uma coisa (e, assim também, um lugar específico, separado sobre a Terra) deve ser minha, isto é, a sua apropriação (*appropriatio*) na aquisição original só pode ser unilateral (*voluntas unilateralis s. propria*). A aquisição de um objeto externo de escolha por uma vontade unilateral é o apoderamento ou ocupação dele. Assim, a aquisição original de um objeto externo e, por via de consequência, também de um pedaço de terra específico e separado, só pode ocorrer através de seu apoderamento (*occupatio*).¹⁴¹

A aquisição pela ocupação originária, conquanto verdadeira como forma de aquisição da propriedade, é provisória,¹⁴² somente se tornando definitiva na condição civil, na qual se configura a única vontade legisladora, pela qual a aquisição torna-se peremptória. Somente o acordo entre a vontade individual e a vontade coletiva é que constitui o momento final da ocupação como título jurídico (fundamento) da propriedade privada. Literalmente, afirma:

Mas o título racional de aquisição só pode se apoiar na ideia de uma vontade de todos unidos *a priori* (necessariamente a serem unidos), que é aqui assumido tacitamente como uma condição necessária (*conditio sine qua*), pois uma vontade unilateral não pode submeter outros a uma obrigação que de outra maneira não teriam. Porém a condição na qual a vontade de todos é com efeito unida para produzir lei é a condição civil e, conseqüentemente, alguma coisa externa pode ser originalmente adquirida somente em conformidade com a ideia de uma condição civil, ou seja, com vistas a ela e a sua realização, mas antes desta (pois, de outro modo, a aquisição seria uma resultante). A consequência é poder a aquisição original ser apenas provisória. A aquisição definitiva ocorre somente na condição civil.

A despeito disso, essa aquisição provisória é verdadeira, visto que, segundo o postulado da razão prática no que tange aos direitos, a possibilidade de adquirir alguma

¹⁴¹ *Idem*, pp. 107, 108 e 111.

¹⁴² Entre os dois grupos mais extremados de teorias do direito natural sobre a propriedade – a propriedade como um direito natural, anterior ao Estado; e a propriedade como uma consequência do surgimento do Estado –, *Kant* assume uma posição intermediária, na medida em que elege a ocupação como o ato jurídico originário de aquisição, mas de forma provisória, a ser confirmada pela vontade coletiva, expressa no Estado.

coisa externa em quaisquer condições em que os indivíduos possam viver juntos (e, assim, também no Estado de natureza) é um princípio de direito privado, em conformidade com o qual cada um é justificado por usar a coerção que seja necessária na hipótese das pessoas abandonarem o Estado de natureza e ingressarem no civil, o qual possui a capacidade exclusiva de tornar definitiva qualquer aquisição.¹⁴³

Para Kant, o direito privado — e, nele, a propriedade — já existia no Estado de natureza, e qualquer direito que emane do poder estatal é direito público, identificando-se o direito privado com o direito natural, ou seja, com o direito provisório que regula as relações intersubjetivas no Estado de natureza, no qual os homens, sob os auspícios da justiça comutativa, cultivavam a terra, permutavam produtos, constituíam famílias e, no evento morte, transmitiam os seus haveres aos seus descendentes. Esse estado jurídico primitivo tem por vocação evoluir para o estado civil, quando se tornará peremptório com a sociedade política:

A divisão superior do direito natural não pode ser a divisão (por vezes feita) em direito natural e direito social; em lugar disso, tem que ser a divisão em direito natural e direito civil, o primeiro sendo chamado de direito privado e o segundo, de direito público, pois o Estado de natureza não se opõe à condição social, mas sim à condição civil, visto ser certamente possível haver sociedade no Estado de natureza, mas não sociedade civil (a qual garante o que é meu e teu mediante leis públicas). Esta é a razão por que o direito num Estado de natureza é chamado de direito privado.¹⁴⁴

O jusnaturalismo católico, que se fundamenta não mais naquilo que a natureza ensinou a todos os seres animados, mas na lei revelada — a fração da ordem imposta pela mente de Deus, que se acha presente na razão do homem —, constitui o esteio da doutrina jurídico-política da Igreja Católica ao longo da história, constituindo uma das suas manifestações históricas de maior ressonância, como justificação da propriedade privada pela força do trabalho, a Encíclica *Rerum Novarum*, de maio de 1891, do Papa Leão XIII, na qual, abordando a questão operária, o Pontífice proclama a dignidade do trabalho e, com

¹⁴³ KANT, Immanuel. Op. cit., p. 109.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 88.

remissão às Escrituras, refere-se à propriedade particular e pessoal como um direito natural do homem:

De fato, como é fácil de entender, a razão intrínseca do trabalho compreendido por quem exerce uma arte lucrativa, o fim imediato visado pelo trabalhador, é conquistar um bem que possuirá como próprio e como pertencendo-lhe; porque, se põe à disposição de outrem as suas forças e a sua indústria, não é, evidentemente, por outro motivo senão para conseguir com que possa prover o seu sustento e a necessidades da vida, e espera do seu trabalho, não só o direito ao salário, mas ainda um direito estrito e rigoroso para usar dele como entender. Portanto se, reduzindo as suas despesas, chegou a fazer algumas economias, e se, para assegurar a sua conservação, as emprega, por exemplo, num campo, torna-se evidente que este campo não é outra coisa senão o salário transformado: o terreno, assim adquirido, será propriedade do artista com o mesmo título que a remuneração do seu trabalho. Mas, quem não vê que é precisamente nisso que consiste o direito de propriedade mobiliária ou imobiliária? Assim, esta conversão da propriedade particular em propriedade coletiva, tão preconizada pelo socialismo, não teria outro efeito senão tornar a situação dos operários mais precária, retirando-lhes a livre disposição do seu salário e roubando-lhes, por isso mesmo, toda a esperança e toda a possibilidade de engrandecerem o seu patrimônio e melhorarem a sua situação.¹⁴⁵

Documento da mesma extração e notável significado histórico-social é a Encíclica *Quadragesimo Anno*, de 1931, do Papa Pio XI,¹⁴⁶ enfatizando que os princípios da sociologia católica entraram aos poucos no patrimônio cultural de toda a sociedade humana e reafirmando que “a natureza ou o próprio Criador deram ao homem o direito do domínio particular, não só para que ele possa prover as necessidades próprias e da família, mas para que sirvam verdadeiramente ao seu fim os bens destinados pelo Criador a toda família humana”.¹⁴⁷

¹⁴⁵ XIII, LEÃO. Encíclica *Rerum Novarum*, Paulinas, 14ª Edição, 2004, tradução de Manuel Alves da Silva, S. J., p.11, itens 4 e 5.

¹⁴⁶ Esta Encíclica, lançada em maio de 1931, em celebração ao 40º aniversário da *Rerum Novarum*, enfatiza também a defesa da propriedade com base no trabalho.

¹⁴⁷ Capítulo II, n. 1 – Direito de Propriedade, sua índole individual e social.

A distinção entre direito natural, uma ordem normativa válida em si mesma, pré-existente e superior ao direito positivo, cuja validade independe de valores éticos, domina a tradição do pensamento jurídico ocidental. Hugo Grotius, já na vertente do jusnaturalismo moderno, de base racionalista, afirmou, em célebre passagem, que o direito natural é independente não somente da vontade de Deus, como também da sua própria existência, e que ele é tão imutável que não pode ser mudado nem pelo próprio Deus: “Do mesmo modo, portanto, que Deus não poderia fazer com que dois mais dois não fossem quatro, de igual modo ele não pode impedir que aquilo que é essencialmente mau não seja mau”.¹⁴⁸

Um dos eixos centrais do direito natural, o de que homens, como tais, são titulares de direitos inatos, naturais, independentes da sociedade política e do Estado, entre eles a propriedade, constitui paradigma do pensamento social e político ocidental, destacando Richard Schlatter que a teoria do direito natural de propriedade alcançou seu patamar clássico na defesa da nascente sociedade capitalista nos séculos dezessete, dezoito e dezenove, sendo este um dos pontos nodais da crítica socialista ao capitalismo, e que de tempos em tempos as constituições põem a propriedade entre os direitos naturais, observando, contudo, que isso não ocorre com o mais famoso documento constitucional pós-1ª Guerra Mundial, a Constituição de Weimar, que, além de não incluir a propriedade entre os direitos naturais, confere ao Estado o pleno poder de confiscá-la sem compensação.¹⁴⁹

O ideal jusnaturalista do século XVIII, por outro lado, constitui a doutrina central que inspirou a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776), na qual se afirmou que todos os homens são possuidores de direitos inalienáveis como a vida, a liberdade e a busca da felicidade; que é para assegurar esses direitos que os governos são instituídos entre os homens, sendo os seus justos poderes derivados do consentimento dos governados; e que, quando alguma forma de governo se torna nociva à obtenção dessas finalidades, o povo tem o direito de alterá-la ou aboli-la, instituindo nova forma do governo baseada nesses princípios.

¹⁴⁸ GROTIUS, Hugo. O Direito da Guerra e da Paz (*De jure Belli ac Pacis*), Volume I, tradução de Ciro Mioranza, Editora Unijui, 2ª Edição, 2005, pp. 40 (prolegômenos, n. 11), 79 e 80.

¹⁴⁹ SCHLATTER, Richard. Private Property – The History of an Idea. New York & Russell, 1951, pp. 278-279.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos, ressalta Fábio Comparato, foi o primeiro documento, na história política moderna, a afirmar para o mundo os princípios democráticos; e, ali, a expressão “busca da felicidade” não tem apenas o sentido objetivo e sentimental moderno, e sim um sentido prático com base na noção grega de felicidade, ligada a uma vida virtuosa e às ações próprias do homem, e cuja busca pressupõe condições adequadas de vida.¹⁵⁰

Em idêntico rumo se põe a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, um dos primeiros atos da Revolução Francesa, cujo ideário de um mundo novo tomou conta dos espíritos.¹⁵¹ No renascimento da vida política francesa, sob o clarão do iluminismo, nos escombros do *ancien régime*,¹⁵² os representantes do povo francês, reunidos em assembleia nacional, reconheceram e declararam, de forma articulada, que os homens nascem livres e permanecem livres e iguais em direitos (1); que a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (2); que o exercício dos direitos naturais de cada homem só tem por limites, determinados pela lei, os que assegurem aos demais membros da sociedade a fruição desses mesmos direitos (3); e que, sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exigir de modo evidente, e sob condição de uma justa e prévia indenização (17).

No século XX, depois da segunda guerra mundial, como reação aos regimes totalitários, novamente a mensagem jusnaturalista desponta,¹⁵³ agora na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em

¹⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, III Edição, Editora Saraiva, 2004, pp. 101-103.

¹⁵¹ Saudando a Revolução Francesa, *Kant*, com lágrimas de alegria, exclamou: “Agora afinal, posso dizer com Simeão: Senhor, permita que se vá embora, em paz, o Teu Servo, porque meus olhos viram a Tua Salvação.”

¹⁵² As críticas à sociedade do *ancien régime*, sob o foco iluminista, concentravam-se especialmente: na desigualdade diante da lei, pelo sistema político de “estados”, com privilégios fiscais para a nobreza e o clero (i); nas limitações às pessoas e às propriedades, com a servidão e as restrições feudais e corporativas à atividade econômica (ii); e as intervenções arbitrárias da Coroa, além da exclusão do “terceiro estado” da participação popular (iii).

¹⁵³ Afirma Norberto Bobbio, a respeito da sobrevivência da doutrina jusnaturalista, que o direito positivo não destrói o direito natural, mas sim recobre ou submerge; e que, se houver um “buraco” no direito positivo, através dele aflora o direito natural. (Cf. O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito, Editora Ícone Ltda., 1995, p. 42.)

1948, como um ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações e como objetivo de cada indivíduo e cada órgão da sociedade, proclamando que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (artigo I); que “Toda homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (artigo III); e que “Todo homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com os outros” (artigo XVII.1), dela não podendo ser arbitrariamente privado.

Esses acontecimentos políticos trazem claramente a herança do jusnaturalismo, a sempre recorrente filosofia jurídica e social do ocidente, que sinalizava com um caminho mais seguro e fornecia projetos de uma sociedade regida por preceitos ético-naturais, na esperança de dar aos homens os critérios de um direito justo do ponto de vista do seu conteúdo. Seu pano de fundo, contudo, é o jusracionalismo, a vertente moderna do direito natural laicizado, emancipada da teologia moral, que procura atrelar a realidade jurídica a leis imutáveis e universais, já não ligadas à natureza ou à revelação, e sim à razão humana, e que exerceu influência direta sobre a ciência jurídica, a legislação e a jurisprudência da Europa.

São decisivas nesse quadro cultural as ideias do iluminismo, buscando libertar o conhecimento humano de tudo aquilo que não esteja nos ditames da razão, a suprema diretriz do progresso na vida. Estimulam os iluministas o uso da razão, depositária de uma confiança sem limites, contra a autoridade, contra o obscurantismo, numa luta das “luzes” contra as “trevas” — a tradição cultural e institucional, sobretudo do *ancien régime*. Os dois movimentos — o jusracionalismo e o iluminismo —, conquanto diferentes,¹⁵⁴ relacionam-se intimamente, levando-se em conta que o jusracionalismo tornou-se possível, sobretudo, com os pensadores do iluminismo; e que o iluminismo justificou jusracionalisticamente as suas exigências humanitárias, como a abolição da magia, da tortura e das sanções penais corporais.¹⁵⁵ A separação do direito da autoridade da teologia e do direito divino foi um objetivo plenamente alcançado pelo iluminismo.

¹⁵⁴ O jusracionalismo é a nova versão da filosofia social do jusnaturalismo, sempre presente na tradição política do ocidente; o iluminismo é uma ruptura moral, uma nova atitude perante a vida, que desencadeou nova visão de mundo na opinião pública e grandes reformas da vida política (Franz Wieacker).

¹⁵⁵ WIEACKER, Franz. Op. cit., pp. 353-354.

Nutre-se firmemente a crença de que o direito natural é racionalmente necessário, tendo o homem a consciência de que é autônomo o sentimento do justo e de que é chamado naturalmente a buscar o justo, que não pode deixar de ser querido sequer por Deus.¹⁵⁶ Nos cultores do ideário jusracionalista, Hugo Grotius, dado como o iniciador da transição da concepção teocêntrica do direito natural para uma concepção antropocêntrica, por isso mesmo considerado como o fundador do moderno jusracionalismo (escola do direito natural),¹⁵⁷ afirmou — como já ressaltado — que o direito natural, ditado pela reta razão, é independente não somente da vontade de Deus como também da sua própria existência, e que ele é tão imutável que não pode ser mudado nem pelo próprio Deus, em seu imenso poder. “O direito natural nos é ditado pela reta razão que nos leva a conhecer que uma ação, dependendo se é ou não conforme a natureza racional, é afetada por deformidade moral ou por necessidade moral e que, em decorrência, Deus, o autor da natureza, a proíbe ou a ordena.”¹⁵⁸

Conquanto para Hugo Grotius a propriedade não seja um direito inato — pois assim ele asseguraria a todos a propriedade sobre tudo o que fosse possível de apropriação —, mas uma decorrência do contrato que origina o direito positivo, o contrato assenta-se, por sua vez, no princípio do direito natural de que os pactos devem ser cumpridos:

Deve-se saber ainda que o direito natural não diz respeito somente às coisas que estão além da vontade dos homens, mas que tem por objeto também muitas coisas que são uma consequência de algum ato dessa vontade. Assim é que a propriedade, tal como é vista no momento atual, foi introduzida pela vontade humana. A partir do momento em que foi introduzida, porém, é o próprio direito natural que me diz que é um crime para mim me apoderar, contra tua vontade, daquilo que é o objeto de tua propriedade. Por isso, o jurisconsulto Paulo diz que o roubo é proibido pelo direito natural.¹⁵⁹

¹⁵⁶ REALE, Miguel. Horizontes do Direito e da História, Editora Saraiva, 3ª Edição, 2ª tiragem, 2002, p. 104.

¹⁵⁷ Por vezes o termo jusnaturalismo é empregado para expressar apenas as ideias do jusracionalismo, em voga nos séculos XVII e XVIII, tomando-se a parte pelo todo, como se tal filosofia social do direito natural tivesse surgido somente nessa época, quando, em realidade, a escola do direito natural, ligada à *Hugo Grotius* e outros autores, procurando um fundamento humano e terreno para o Direito e o Estado, não passa da terceira vertente do direito natural.

¹⁵⁸ GROTIUS, Hugo. Op. cit., p.79.

¹⁵⁹ *Idem*. Op. cit., Capítulo I, item X, n. 4, p. 80.

Lê-se em Franz Wieacker que o jusracionalismo libertou a política do direito do jugo do direito romano, dando ensejo, de um lado, ao fortalecimento do conteúdo natural latente do direito romano; e, de outro, à libertação das fontes jurídicas não romanas, cujo recurso a elas passou a ser encorajado:

No direito privado, finalmente, o jusracionalismo ergue-se contra as realidades do direito positivo que ele não considera em consonância com a razão jurídica geral: contra a violência, o costume e as autoridades sociais e científicas. Também aqui a sua missão vem ao de cima no momento em que na organização jurídica tradicional foram sacudidos os padrões jurídicos transpositivos. Foi nesse momento que o jusracionalismo libertou a ciência jurídica privatística da sua submissão de princípios às fontes romanas e às antigas autoridades e, ao mesmo tempo, abriu caminho, com a sua visão de conjunto, para a construção sistemática autônoma.¹⁶⁰

Com o jusracionalismo (direito da razão), a jurisprudência europeia abandona o perfil de uma ciência da exegese de textos isolados, notadamente os do *corpus juris civilis*, que expressavam a vontade universal do imperador. Modernizando o método jurídico e libertando a jurisprudência imposta pela autoridade antiga, sem, contudo, rejeitar a substância dos princípios do direito romano, os jusracionalistas encaram o *corpus juris* como uma realização humana, como um fenômeno histórico ligado a seu tempo e seu lugar, e não como “um presente caído do céu”. Adota-se uma nova atitude metodológica, pela qual os princípios do direito devem ser estabelecidos pelo moderno método científico. “O método moderno, deliberadamente mais abstrato, seguia o método das ciências exatas, pois o objetivo dos juristas era o de formar uma ciência universal baseada em proposições demonstráveis.”¹⁶¹

Christian Wolff, um dos expoentes da escola do direito natural, retomou a tradição metafísica e ética desse direito,¹⁶² voltando os princípios do direito natural a ser as

¹⁶⁰ WIEACKER, Franz. Op., cit. p. 309.

¹⁶¹ CAENEGEM, R.C. van. Uma Introdução Histórica ao Direito Privado, tradução de Carlos Eduardo Machado, e revisão de Eduardo Brandão, Editora Martins Fontes, São Paulo, 1ª Edição, 1995, pp. 142-143.

¹⁶² Essa tradição havia sido afastada por *Christian Thomasius* (1655-1728), do qual se diz que expulsou a ética dos domínios do direito, reduzindo o direito divino a uma crença individual e pessoal. Para Thomasius, a

declarações dos deveres do homem. Faz-se, possível, assim, a realização da moral natural numa legislação positiva, dada a relação necessária entre os deveres de consciência do homem e os deveres vinculativos do direito. Sua exposição sistemática,¹⁶³ “através de uma dedução exaustiva dos princípios de direito natural a partir de axiomas superiores até aos mínimos detalhes, exclui todos os elementos indutivos e impressionistas e aspira ao rigor da prova geométrica resultante do princípio do terceiro excluído”.¹⁶⁴

O jusracionalismo tem base numa nova antropologia, em face da qual o homem deixa de ser visto como uma criatura criada à imagem e semelhança de Deus, como uma obra divina, inserida num projeto de salvação, para ser visto como um ser natural, mas sem perder a condição de elemento de um mundo apreensível pelas leis naturais. Como ser natural, o homem tem, contudo, nessa visão antropológica do jusracionalismo, uma inclinação social (*socialitas, appetitus societatis*) consciente para a vida em sociedade, ordenada pelas leis da razão, na qual impescinde do auxílio dos seus semelhantes (*imbecillitas*).

Como os métodos das novas ciências da natureza estendem-se à ética social, as leis naturais do mundo social produzem um sistema fechado de sociedade, um “direito natural”, como aquilo que a reta razão demonstra ser conforme a natureza sociável do homem. Com essas figuras da antropologia moral — *socialitas et imbecillitas* —, o jusnaturalismo fundamenta “a possibilidade lógica da obrigação, da validade do direito e do dever da prestação”, que têm repercussão decisiva na propriedade como um direito natural do homem.¹⁶⁵

Se o *corpus juris* habituou os juristas europeus a descobrir o conceito geral na problemática do caso específico, o jusracionalismo agora ordena a atividade social de acordo com um *logos* apreensível e, portanto, ao acesso de todos os homens. A ciência jurídica adquiriu uma construção conceitual que não mais se apoiava na autoridade da

ética torna-se uma questão de foro íntimo, circunscrito às dimensões do caráter e da interioridade, com uma separação entre o direito e a moralidade. (Cf. Franz Wieacker – p. 358).

¹⁶³ *Christian Wolff* (1679-1754) que, entre outras coisas, ensinou filosofia, teologia e matemática, tem sua principal obra jurídica em 8 (oito) volumes – *Jus naturae methodo scientifica pertractarum* – e nela antecipou que os princípios do direito deveriam ser estabelecidos pelo método científico moderno.

¹⁶⁴ WIEACKER, Franz. Op., cit. pp. 361-362.

¹⁶⁵ *Idem*, pp. 310, 347-348.

interpretação tópica de um texto isolado, senão na demonstração lógica de um sistema apoiado na exatidão matemática de suas premissas. A missão do jusracionalismo consistia “numa demonstração das normas jurídicas que aspirasse à evidência lógica da prova matemática, e que consistisse, portanto, numa ininterrupta progressão dos conceitos mais gerais para os mais especiais: uma demonstração *more geometrico*.”¹⁶⁶

Uma das centralidades da doutrina jusnaturalista, a de que homens, como tais, são titulares de direitos inatos, independentes da sociedade política e do Estado, adquire com o jusracionalismo um eixo diverso de fundamentação científica, com a ideia, difundida com grande eficácia, de um direito “natural” tendo como fonte exclusiva de validade a razão humana, e não de um direito “sobrenatural”. Confere-se destaque ao aspecto subjetivo do direito natural (os direitos inatos), em detrimento do seu aspecto objetivo, expresso na forma, segundo as vertentes anteriores do jusnaturalismo.¹⁶⁷

Se o jusracionalismo, dessa forma, propicia como que uma nidação para a ideia de propriedade privada como direito natural, o ambiente da codificação, tal qual um espaço endométrico vivificador, exprime quiçá o paroxismo da sua maioria legal e ideológica, tudo informado pela concepção do Estado nacional moderno, que surge da dissolução da pluralista sociedade medieval, dotada de agrupamentos sociais que dispunham de ordenamentos jurídicos próprios, nos quais o direito se apresentava como um fenômeno social, produto da sociedade civil e não do Estado.

Na análise de Dalmo Dallari, “as deficiências da sociedade política medieval determinaram as características fundamentais do Estado Moderno”. Na sociedade medieval (anota), a aspiração à unidade política, que existia no Estado romano, cresceu de intensidade em razão da estrutura econômica e social do feudalismo. A insatisfação com o sistema feudal, de um lado por parte dos pequenos produtores familiares, dedicados à economia de subsistência, e, de outro, da parte dos senhores feudais, cansados das exigências dos monarcas, que impunham uma tributação exagerada, despertou a consciência para a busca da unidade política, que afinal se concretizou no reconhecimento de um poder soberano dentro de uma precisa delimitação territorial, dessa conjuntura

¹⁶⁶ *Idem, ibidem*, pp. 288, 305, 310 e 347-348.

¹⁶⁷ FASSO, Guido. Jusnaturalismo, in *Dicionário de Política*, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Editora UnB, 10ª Edição, pp. 657-658.

nascendo o Estado moderno, que se exprime pela unidade territorial referida a um poder soberano, cuja documentação se deu com os tratados de Paz de Westphalia.¹⁶⁸

A política, que até então se estruturava por meios outros, essencialmente independentes do elemento território, como os laços de sangue e a comunhão de valores religiosos, passou a ser institucionalizada pelo território. Com esses tratados, conhecidos como “ordem westphaliana”,¹⁶⁹ as relações passaram a ser estabelecidas entre organizações políticas dotadas de soberania sobre os seus territórios.¹⁷⁰ Sob os auspícios de um novo paradigma, o Estado Moderno se pauta por uma estrutura monista, na qual o Estado empolga todos os poderes, inclusive e notadamente o de fazer as leis. O Estado passa a ter o monopólio da produção jurídica.

Pontua Menezes Cordeiro, a propósito, que uma das questões enfrentadas pela doutrina da Europa continental, nos séculos XVII e XVIII, consistiu na unificação das fontes normativas, dada a complexidade gerada pela existência “das compilações justinianeias, de inúmeras leis nacionais, do direito canônico e de diversos costumes e praxes jurisprudenciais”, problema que mais se acentuava na França, na qual a parte norte era regida pelos costumes, ainda não redigidos em termos romanizados, e a parte sul pelo direito escrito – o *corpus juris civilis*.¹⁷¹

A pluralidade de fontes normativas, numa quadra histórica caracterizada pela inexistência de Estados nacionais, gerava tumulto e imprevisibilidade e, portanto, insegurança para o homem, sua vida, sua família e seus haveres. Até que surgisse o Estado moderno, o pluralismo orgânico da sociedade corporativa, no qual centros diversos de autoridade reivindicavam funções políticas autônomas,¹⁷² deixava o homem imerso num clima de absoluta incerteza, sem nenhum horizonte de previsibilidade e de

¹⁶⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, Editora Saraiva, 24ª Edição, 2003, p. 70.

¹⁶⁹ Paz de Westfália é o tratado que, em 1648, pôs fim à Guerra dos Trinta Anos, entre católicos e protestantes, encerrando o ciclo das guerras religiosas na Europa. O nome se deve à região alemã da *Westfália*, onde se localizam as cidades de Münster e Osnabrück, nas quais o tratado de paz foi negociado.

¹⁷⁰ CASTRO, Marcus Faro de. Política e Relações Internacionais, Editora UnB, 2005, p. 102.

¹⁷¹ CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Tomo I, 3ª Edição, 2005, Livraria Almedina, p. 75.

¹⁷² MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo, in Dicionário de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Editora UnB, 10ª Edição, p. 698.

dimensionabilidade em relação aos comportamentos humanos, próximos e remotos à sua vida e à sua segurança pessoal e de seus bens.

Na observação de Caenegem, “a esperança — no espírito do Iluminismo — era que a lógica e a ciência formassem um novo fundamento de um aprendizado seguro para toda a Europa civilizada”, com a superação da convicção de que o antigo, como tal, era bom e respeitável. A fé na tradição foi substituída pela fé no progresso. O velho mundo passa por uma renovação radical “guiada pelos princípios da razão humana e pelo objetivo de alcançar a felicidade do homem”. Tal objetivo, no campo do direito, seria alcançado com a redução das fontes jurídicas formais, imprimindo-se ao direito uma abordagem sistemática pela qual não se deveria reconhecer autoridade suprema, quer aos valores tradicionais (como o direito romano), quer aos juristas e juízes eruditos, que se consideravam oráculos do direito. “Os velhos costumes e os livros autorizados deveriam ser substituídos por um novo direito livremente concebido pelo homem moderno, cujo único princípio diretor fosse a razão.”¹⁷³

Para tanto (prosegue) impunha-se como condição material a criação de um sistema jurídico baseado em num novo corpo de fontes, que foi preenchida pelo direito natural; e, como condição formal, uma nova técnica de aplicação do direito novo, que foi implementada pela legislação, expressa nos códigos.¹⁷⁴ Os códigos nacionais, vistos como um halo de uma imagem redentora, jurídica e politicamente, aparecem como os meios de pôr em prática as concepções do direito natural, contando os reformadores modernos com a legislação para alcançar os seus objetivos políticos, porquanto, na sua mundivisão, “o bem público dependia inteiramente dos códigos, e o apego ao costume revelava falta de confiança no progresso social”.¹⁷⁵

A confiança moral na razão gerou o interesse na opinião pública pela busca de um direito justo, na crença jusracionalista na possibilidade de um direito justo em absoluto — numa certa situação histórica — fazendo o legislador acreditar que é possível regular por

¹⁷³ CAENEGEM, R.C. van. Op. cit., pp. 117,118 e 119.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 119.

¹⁷⁵ *Idem, ibidem*, pp. 124-125.

categorias gerais, e com completude,¹⁷⁶ todas as situações da vida social. Elaborados sob os auspícios desse ideário, os códigos jusracionalistas seriam o patrimônio geral das nações e dos cidadãos, propondo-se a um planejamento global da sociedade pela ferramenta da reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica. Em face desse desafio, o direito natural, porque fornecia projetos gerais para uma sociedade pautada por preceitos ético-naturais, apontava um caminho mais justo e seguro.¹⁷⁷

Marcada pelo seu caráter criador¹⁷⁸ e vocacionada à unificação no seu bojo de toda uma disciplina relativa a determinada matéria, como um corpo legislativo acessível e coerente, a codificação traz em si mesma, ao lado da aspiração de permanência, a coerência lógica que tende a resistir à mudança e à perda do seu significado jurídico, ostentando, como consequência, e como nenhuma outra fonte, a aptidão para assegurar a certeza jurídica.¹⁷⁹ A história jurídica, como lembra Paolo Grossi:

... nos ensina que, no longo itinerário histórico do direito, ele foi frequentemente (e cada vez mais, chegando até nossos dias) imobilizado em um texto. E isso por vários motivos: o primeiro, por assim dizer, fisiológico, porque o valor deve poder ser conhecido por todos para ser observado numa sociedade complexa, deve gozar daquele sumo de certeza que um texto escrito possui; o segundo é, por assim dizer, patológico, porque o poder político se apoderou do direito, transformou-o em comando, numa série de imperativos, que serão tanto mais diligentemente obedecidos quanto mais sejam conhecidos, e a escritura não consente que a ignorância da lei seja escusada.¹⁸⁰

Jusnaturalismo e jusracionalismo, por conseguinte, expressam realidades culturais que se conectam e se completam, conferindo base teórico-justificadora aos futuros códigos

¹⁷⁶ O Código da Prússia (*Allgemeine Landrecht*), um dos códigos iluministas, editado em 1794, cobria todo o direito civil, o direito público e comercial, o direito eclesiástico, o direito feudal etc. (Cf. Caenegem, op.cit., p. 126.)

¹⁷⁷ WIEACKER, Franz. Op., cit. pp.366, 368-369 e 379.

¹⁷⁸ Elaborados em períodos de transição político-social, ou mesmo de ruptura, os códigos jusracionalistas geram um conjunto de novas regras, não se limitando a abrigar no seu bojo regras pretéritas, como as consolidações.

¹⁷⁹ Informa Caenegem que na Inglaterra, onde nunca existiu codificação, os princípios do direito inglês ainda estão para ser encontrados em cerca de 3.000 Atos do Parlamento, que remontam até primeira metade do século XIII e em aproximadamente mais de 350.000 casos relatados! (Cf. Op. cit., p.170.)

¹⁸⁰ GROSSI, Paolo. Primeira Lição sobre Direito, Editora Forense, 1ª Edição, 2006, tradução de Ricardo Marcelo Fonseca, pp. 95-96.

jusracionalistas, que têm em suas fundações essencialmente a propriedade privada e o contrato, este como a forma por excelência de acesso voluntário à propriedade. Sob a auréola da filosofia iluminista, refratária aos antigos dogmas, sobretudo religiosos, e que alçara o homem e a sua felicidade ao centro de suas preocupações, os códigos, consagrando as forças-motrices da estabilidade e previsibilidade do direito, vieram ao encontro das aspirações de uma classe média confiante e empreendedora, que perseguia a supressão das discriminações feudais — privilégios das “ordens”, restrição à alienação de terras, corporativismo etc. —, a liberdade de iniciativa e a responsabilidade individual.¹⁸¹

Comum às codificações liberais, esse ideário se institucionalizou mui especialmente no Código Civil napoleônico (1804), filho dileto da crença jusracionalista na lei. Ali, acentua Franz Wieacker, o particularismo feudal foi substituído por um direito geral dos franceses com base na razão. Último elo de uma cadeia de importantes códigos, nele se baseia — depois do *corpus juris civilis* e do jusracionalismo — grande parte da cultura jurídica mundial.¹⁸²

Num processo dialético, a codificação se apropriou do ideário filosófico e ideológico do direito natural — sendo tida como a versão legislativa do direito natural histórico em uma sociedade real¹⁸³ —, porém de forma laicizada, submetendo-o a novo eixo de fundamentação. Com a edição dos códigos, notadamente com o *Code Civil*, paradoxalmente “o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este”.¹⁸⁴ O estatuto — *rectius*, a legislação e sobretudo o código — era sinônimo de direito, sendo necessário, para a sua compreensão, partir do texto e não das suas fontes.

Dando plenitude ao prestígio da codificação, entra em cena a escola positivista, cuja pretensão consistia na criação de uma ciência jurídica com o mesmo rigor de análise das ciências exatas.¹⁸⁵ O direito passa a ser compreendido como um fenômeno social objetivo

¹⁸¹ CAENEGEM, R.C. van. Op. cit., p. 129.

¹⁸² WIEACKER, Franz. Op., cit. pp. 386 e 389.

¹⁸³ WIEACKER, Franz. Op., cit., p. 367.

¹⁸⁴ FASSO, Guido. Op. cit., p. 659.

¹⁸⁵ O positivismo jurídico, concebido como uma oposição deliberada e consciente ao jusnaturalismo, exprime, no direito, de certo modo, a aplicação do positivismo filosófico, pelo qual o conhecimento científico, baseado

(dimensão empírica), renegando-se a adoção de juízos morais. Utilizam-se procedimentos lógicos de um sistema, com clareza, coerência e completude.¹⁸⁶ Exaurida a concepção e a função das normas de natureza racional (jusnaturalismo), opera-se (em virtude da codificação) uma aproximação praticamente absoluta entre o direito e a norma, como emanção do Estado (*jus positum*), pautada pelo formalismo: a validade da norma decorre do procedimento utilizado na sua criação, pouco importando o seu conteúdo. O direito, segundo o positivismo jurídico, como sistema de normas postas pelo Estado, dispostas de modo hierárquico, não necessita de nenhuma justificativa além da sua própria existência. A ciência do direito, na concepção positivista, deve fundar-se em juízos de fato, dizendo o que é o direito, e não o que ele deve ser. Não cabe no direito juízos de valor, como a assunção de posições em face da realidade.¹⁸⁷

O positivismo, anota Fábio Comparato, contrariando a tradição de muitos séculos de civilização, pratica uma separação entre o direito e a moral; concebe um direito sem ligação com a justiça, pelo qual aos juristas é defeso julgar a ordem jurídica em face de pautas éticas, pois essa não seria uma tarefa científica. Reduzir-se-ia o direito a um dever ser expresso na pura forma normativa.¹⁸⁸ Coincidentemente, lembra o autor, a regra do precedente – o dever dos juízes de respeitar as decisões judiciais anteriores sobre o mesmo assunto (*stare decisis*) – somente se tornou obrigatória na primeira metade do século XIX, elevando-se a certeza e a segurança jurídica a valores políticos supremos. A exata previsibilidade das decisões judiciais passa a ser parâmetro para o desenvolvimento da atividade empresarial.¹⁸⁹ O ideal de segurança é guindado a valor central da ordem jurídica moderna.

no método científico da observação e da experimentação, constitui ciência, e a ciência constitui o único conhecimento verdadeiro, expungido de indagações teológicas e metafísicas. (Cf. Luiz Roberto Barroso, Fundamentos Teóricos e Filosóficos no Novo Direito Constitucional Brasileiro, in A Nova Interpretação Constitucional Editora Renovar, 2ª Edição, 2006, pp. 23-24.)

¹⁸⁶ BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo Jurídico, in Dicionário de Filosofia do Direito, Vicente de Paulo Barreto (Coordenador), Editora Revovar, Rio de Janeiro, 2006, pp. 643 e 645.

¹⁸⁷ BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos no Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), in A Nova Interpretação Constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas), Editora Renovar, 2ª Edição, 2006, pp. 24-25.

¹⁸⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Ética (Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno), Companhia das Letras, 2006, p. 353.

¹⁸⁹ *Idem*, pp. 361-362.

O código, na mentalidade dos juristas dominados pelo princípio da autoridade, como que um receituário para solucionar as principais controvérsias, passa a ser considerado inabalável como uma rocha em meio à tempestade. A fidelidade que os aplicadores a ele deviam tributar tem na sua base a ideia da separação dos poderes, que estrutura o Estado moderno,¹⁹⁰ vedando o *Code* expressamente aos juízes a manifestação por via de disposições gerais e regulamentares.¹⁹¹ Em tal atmosfera de tamanho devotamento à lei, não surpreende que tenha se desenvolvido até mesmo uma importante escola de pensamento jurídico¹⁹² que defendia precisamente a interpretação literal do *Code Civil*.¹⁹³

É no *Code Civil* que a propriedade privada experimenta quicá o paroxismo do seu prestígio sociopolítico, envolta, de um lado, na atmosfera da igualdade jurídica dos cidadãos, particularmente no direito fundiário e sucessório, e, de outro, na liberdade dos particulares, designadamente nos espaços contratual e econômico, como axiomas vivos de uma nova imagem de sociedade.¹⁹⁴

No *Code Civil*, observa Caenegem, a liberdade para dispor da propriedade territorial pessoal, sem as restrições em nome do coletivo — proibição de alienação da propriedade territorial sem o consentimento do clã —, constitui um indicador social assaz relevante¹⁹⁵ e, conseqüentemente, um fator de incentivo ao individualismo dos empreendedores em detrimento do antigo controle da terra pela família.¹⁹⁶ Tem-se a propriedade absoluta, não sujeita a limitações externas. Seu exercício não se submete a condicionamentos externos,

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*, Ícone Editora, 1995, p. 78-78.

¹⁹¹ Art. 5 “Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.”

¹⁹² A célebre Escola de Exegese, que dominou o pensamento jurídico na França e na Bélgica no século XIX, cujos principais expoentes são Alexandre Duranton, professor em Paris, cuja obra — *Cours de droit français suivant le Code Civil* — tem 25 volumes; Charles Aubry e Frédéric Charles Rau, professores em Estrasburgo; Jean Ch.F. Demolombe e Troplong. (Cf. Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico*, Ícone Editora, 1995, p.84.)

¹⁹³ CAENEGEM, R.C. van. Op., cit., p. 152.

¹⁹⁴ WIEACKER, Franz. Op., cit., pp. 390-391.

¹⁹⁵ É que as terras feudais eram inalienáveis, pois eram vistas como vinculadas diretamente à pessoa do vassalo. Os feudos se tornaram diretamente alienáveis, independentemente do consentimento do senhor feudal, o que representou um grande progresso, dado que as restrições à venda de terras constituíam um grande entrave ao crescimento econômico das cidades, sobretudo numa época em que a necessidade de crédito e capitalização das rendas exigia que a terra fosse negociável.

¹⁹⁶ CAENEGEM, R.C. van. Op. cit., p. 194.

dada “a abolição de uma série de ônus, fiscais, feudais ou comunitários, que impendiam sobre a terra”.¹⁹⁷

1.4 A Propriedade como Instância de Poder – Poder Social – Poder Simbólico

As implicações entre propriedade e poder mostram parte da sua fisionomia quando grandes diferenças no acesso à propriedade, sem uma aceitável justificação moral e política, abalam as “placas tectônicas” do equilíbrio do poder, acarretando grandes dificuldades para os que têm menos, cadeia de eventos que se torna mais insidiosa quando as pessoas procuram defender o *statu quo* das suas titularidades patrimoniais, ou a aquisição original a que se refere Marx.¹⁹⁸

Em célebre passagem, Karl Marx afirma que a acumulação primitiva — o capital produz mais-valia e a mais-valia produz novo capital, num círculo vicioso — desempenha na economia política quase o mesmo papel que o pecado original na teologia, que, cometido por um homem, recaiu sobre todo o gênero humano. E explica a acumulação primitiva, o pecado original econômico do qual muitos escaparam, com um conto: em tempos assaz remotos, havia uma elite laboriosa, inteligente e, acima de tudo, parcimoniosa; e, por outro lado, um bando de preguiçosos que esbanjavam seus recursos, vivendo dissolutamente em festas e farras. Assim, sucedeu que os primeiros acumularam a riqueza, enquanto os outros, finalmente, para vender só tinham a própria pele. É desse pecado original que data a pobreza da grande massa que, a despeito de todo o seu trabalho, continua a só possuir a si mesma para vender, e a riqueza de alguns, que cresce sem cessar, ainda que há muito tempo tenham parado de trabalhar.¹⁹⁹

A queixa exaltada de Marx, afirma Stephen Munzer, privilegiando as extremas condições que geram a alienação, a exploração e os graves problemas de produção, não é a resposta mais adequada para explicar geneticamente as grandes diferenças no acesso à posse da propriedade, sem se reconhecer, também, que modestas diferenças na posse da

¹⁹⁷ HESPANHA, António Manuel. Direito Luso-Brasileiro no Antigo Régime. Editora Fundação Boieteux, Florianópolis, 2005. p.88.

¹⁹⁸ MUNZER, Stephen R. A Theory of Property, Cambridge University Press – 1990, p. 178.

¹⁹⁹ MARX, Karl. O Capital (edição resumida), LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora S.A, 7ª Edição, p. 171.

propriedade podem, quando questionáveis, produzir modestas diferenças de poder e que toda tentativa de justificar a propriedade privada deve, por consequência, levar em conta as diferenças de poder que dela resultam.²⁰⁰

Seja como for, são sempre efetivas, conquanto nem sempre perceptíveis, as conexões entre a propriedade e o poder, entendido este não apenas no sentido geral, como “a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos”,²⁰¹ mas sobretudo na acepção de poder social, tendo em vista a relação do poder com a vida do homem em sociedade. Na proporção em que investido de poder social, o homem pode determinar o comportamento do seu semelhante.

Lê-se em Max Weber que “Poder significa toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”.²⁰² Identifica-se, portanto, no âmbito da propriedade, por parte do titular, a capacidade ou a faculdade de controlar e de impor a própria vontade — a exclusividade do acesso do titular às vantagens do objeto implica a respectiva exclusão dos demais —, realidade que irradia prestígio e tem acústica social e que insere a instituição no conceito amplo de poder. Como estrutura essencial de um sistema, a propriedade privada incide diretamente sobre o mundo econômico e condiciona o seu modo de funcionamento.²⁰³

Na definição que remonta a Hobbes, “Universalmente considerado, o poder de um homem consiste nos meios de que presentemente dispõe para obter qualquer visível bem futuro”.²⁰⁴ Confere-se destaque, portanto, à posse dos instrumentos aptos à obtenção dos fins desejados, ignorando-se o caráter relacional do poder, como se fora ele um objeto que pudesse ser possuído.

Essa concepção, na avaliação de Mario Stoppino, constitui equívoco, tendo-se em conta que somente existe poder quando, ao lado do sujeito que o exerce, existe outro sujeito que é levado a se comportar no padrão desejado por aquele. O poder sobre as coisas é

²⁰⁰ MUNZER, Stephen R. Op. cit., p. 179.

²⁰¹ STOPPINO, Mario. Poder, in Dicionário de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Editora UnB, 10ª Edição, p. 933.

²⁰² WEBER, Max. Economia e Sociedade – Fundamentos da Sociologia Compreensiva, Editora UnB e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 4ª Edição, 2004, Volume 1, p. 33.

²⁰³ MARTIGNETTI, Op. cit., pp. 1025-1026.

²⁰⁴ HOBBS, Thomas. Leviatã, Editora Martins Claret, 2005, tradução de Alex Marins, primeira parte, capítulo 10, p. 70.

relevante como um recurso para o exercício do poder sobre o homem, porquanto — destaca —, “Se tenho dinheiro, posso induzir alguém a adotar um certo comportamento que eu desejo, a troco de recompensa monetária. Mas, se me encontro só ou se o outro não está disposto a comportar-se dessa maneira por nenhuma soma em dinheiro, o meu Poder se desvanece”.²⁰⁵

As relações entre propriedade e o poder, dessa forma, devem ser vistas sobretudo no aspecto relacional do poder social — uma relação entre pessoas, do homem sobre o homem —, não se limitando à visão de poder circunscrita à posse dos meios imprescindíveis à obtenção dos fins pretendidos, embora esses instrumentos sejam eficazes no exercício do poder social, salientando Giuliano Martignetti, a propósito:

Na medida em que a atribuição dos recursos (*allocation of facilities*) é um dos aspectos importantes da função da Propriedade, ela se transforma automaticamente em estrutura que controla a distribuição do poder. Sendo o dinheiro o recurso que serve para adquirir todos os demais recursos, dispor-se-á de poder sobre os homens na medida em que se controlar a atribuição da sua remuneração. Depois, é a faculdade de atribuir tarefas e papéis num sistema social onde os objetivos se alcançam mediante a interação de papéis complementares, que confere o poder direto sobre os homens; mas o poder, sendo por ‘natureza’ escasso, concentra-se nas mãos de quem dispõe dos recursos econômicos e os controla.²⁰⁶

Considerando a exclusividade como característica da propriedade, outra conotação que a instituição apresenta como uma categoria no âmbito do poder (capacidade de controlar e impor a própria vontade) — prossegue Giuliano Martignetti —, é a sua legitimidade, ou seja, o seu reconhecimento no plano do direito, até mesmo como poder de fato (pertencimento autônomo e imediato sobre a coisa), tido por legítimo, mas não necessariamente sancionado.

Tendendo o poder a concentrar-se nas mãos de quem molda e controla a organização da sociedade e de quem dispõe das fontes de informação, o ponto de

²⁰⁵ STOPPINO, Mario. Op. cit., p. 934.

²⁰⁶ MARTIGNETTI, Giuliano. Op. cit., p. 1024.

cruzamento desses dois vetores — organização e informação — pode ser definido como o lugar do poder social, no qual se situa o poder do Estado, pela sua estrutura orgânica, de impor coercitivamente aos indivíduos determinados comportamentos (poder político), e o poder decisório a respeito da distribuição dos recursos econômicos necessários à sociedade (poder econômico), pelas suas organizações produtivas. A disponibilidade dos meios de produção, exclusiva de determinados agentes econômicos, configura a propriedade privada na forma de poder econômico, unida pelo sinete da legalidade.²⁰⁷

Analisando as conexões entre propriedade e poder, considerado este no sentido de aptidão atual (capacidade) para fazer ou evitar alguma coisa, Stephen Munzer assevera que, se a propriedade conduz à alienação e à exploração, isso se dá em parte porque aqueles que dispõem de grandes recursos proprietários têm o poder de causar sérios danos àqueles que dispõem de poucos recursos; que, se graves problemas de produção existem, eles se dão em parte porque aqueles que dispõem de grandes recursos têm também o poder de controlar o regime de trabalho; e que a propriedade pode envolver poder ainda que não acarrete problemas de alienação ou de exploração. É que em regra o uso da propriedade como poder ocorre de forma sutil, não criando graves problemas, pelo menos inicialmente.²⁰⁸

Neste aspecto — conexões efetivas entre propriedade e poder, exercidas de forma “suave”, sem tensão traumática — vem a pêlo, dado o permanente (e nem sempre perceptível) discurso de poder contido na propriedade, uma referência às reflexões de Pierre Bourdieu sobre o poder simbólico. Para o célebre sociólogo, que desenvolveu um sistema de explicação sociológica da dominação social, o poder está em toda parte, de forma difusa, sendo “necessário descobri-lo onde ele se deixa ver menos, onde ele é mais completamente ignorado, portanto, reconhecido: o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que estão sujeitos ou mesmo que o exercem”.²⁰⁹ As relações de comunicação são, de modo inseparável, sempre relações de poder que dependem, na forma e no conteúdo, do poder material simbólico acumulado.

²⁰⁷ *Idem*, p. 1026.

²⁰⁸ MUNZER, Stephen R. *A Theory of Property*, Cambridge University Press – 1990, p. 178.

²⁰⁹ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, Editora Bertrand Brasil Ltda., Rio de Janeiro, tradução de Fernando Thomaz, 2007, pp. 7-8.

Na sua reflexão, os sistemas simbólicos — arte, religião, língua, ciência etc. —, como instrumentos de conhecimento e de comunicação (e de construção do mundo dos objetos), exercem um poder estruturante (porque são estruturados), o poder simbólico, que supõe “uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências” (conformismo lógico). Cumprem (os sistemas simbólicos) uma função política de instrumentos de imposição e de legitimação da dominação.²¹⁰ O direito, um sistema fechado e autônomo, liberto do peso social — embora cercado de constrangimentos e de pressões sociais —, é compreendido pela sua dinâmica interna, tendo nele o seu próprio fundamento.²¹¹

Já se destacou que, no longo itinerário histórico do direito, ele foi frequentemente imobilizado em um texto, entre outras razões, porque o valor, para poder ser conhecido por todos para ser observado numa sociedade complexa, deve gozar daquele sumo de certeza que um texto escrito possui (Paolo Grossi).

Esse aspecto não passou despercebido à leitura bourdieusiana das relações sociais, quando, falando da força da forma (*vis formae*), alude à eficácia simbólica que o direito “formalmente racional” deve ao efeito próprio da formalização, e que se expressa sobretudo na codificação. Esta, ao introduzir certeza e racionalidade nas relações sociais, institui na objetividade de uma regra ou de um regulamento escrito os esquemas que governam as condutas do estado prático, tornando possível uma forma de racionalização entendida como previsibilidade e calculabilidade. É o que chama de efeito de homologação, ou seja, “dizer a mesma coisa ou falar a mesma linguagem”, o que permite “aos diferentes locutores associar o mesmo sentido ao mesmo som percebido e o mesmo som ao mesmo sentido concebido”.²¹²

A arguta reflexão de Bourdieu sobre o poder simbólico, desvendando os mecanismos mais íntimos das estruturas da sociedade (o avesso do social) — aí incluído o

²¹⁰ As ideologias apresentam os interesses particulares como sendo os interesses universais, comuns ao conjunto do grupo, contribuindo a cultura dominante para a integração real da classe dominante; para a integração fictícia da sociedade no seu conjunto; e para a legitimação da ordem estabelecida, impondo e legitimando distinções. O efeito ideológico é produzido pela cultura dominante, dissimulando a função de divisão na função de comunicação, em ordem a que as outras culturas – designadas de subculturas – definam-se pela distância em relação a ela.

²¹¹ *Idem*, pp. 8, 9, 11 e 209.

²¹² *Idem, ibidem*, pp. 240, 245 e 249-250.

direito e sua eficácia simbólica — é assaz pertinente e relevante no estudo das conexões entre a propriedade e o poder, que, efetivamente operativas, operam, todavia, quase sempre de forma silenciosa (simbólica), com outros signos linguísticos, sem prejuízo do cumprimento eficaz da função política de imposição e de legitimação da dominação.²¹³

O poder simbólico de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo (e, conseqüentemente, a ação sobre o mundo), como uma forma irreconhecível, transfigurada e legitimada das outras formas de poder, configura um poder quase mágico “que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico da mobilização” e que “só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário,”²¹⁴ exercendo-se numa relação determinada entre os que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos.²¹⁵

As conexões entre a propriedade e poder não são somente aquelas que, mais numerosas, operam de forma invisível nas estruturas sociais. Conquanto o poder seja um dos componentes de praticamente todas as relações sociais, faz-se oportuna a ilustração do fato com duas relações de poder social nas quais a íntima conexão com propriedade privada aparece com maior visibilidade: uma, histórica, relativa ao sufrágio; e, outra, histórica e sempre atual, relativa ao poder econômico.

Foi dito, em passo anterior, que a noção de propriedade privada como instituição sacrossanta, tida no século XVII como algo revolucionário, passou por uma paradoxal involução de conotação conservadora, especialmente na Inglaterra, em virtude da qual se passou “a acreditar amplamente que a política era uma função da propriedade, e apenas os donos de propriedades tinham o direito legítimo de participar da política”.²¹⁶ Na consequência, de uma parte a autoridade política passou a ficar submissa aos proprietários

²¹³ Um dos conceitos bordieusianos mais célebres é de *habitus*: uma matriz, determinada pela posição social da pessoa, “que lhe permite pensar, ver e agir nas mais variadas situações. O *habitus* traduz, dessa forma, estilos de vida, julgamentos políticos, morais, estéticos. Ele é também um meio de ação que permite criar ou desenvolver estratégias individuais ou coletivas. (Cf. Maria Drosila Vasconcelos, *in* Pierre Bourdieu: A Herança Sociológica, Educação & Sociedade, ano XXIII, n. 78, abril/2002, p.79.)

²¹⁴ BOURDIEU, Pierre. Op. cit., p. 14.

²¹⁵ Numa observação instigante, alude Bourdieu à instituição de um “espaço judicial” pelos juristas e pelos juízes, como um monopólio, que implica uma fronteira entre os que estão preparados para participar do jogo e aqueles que, nele lançados, permanecem de fato dele excluídos, pois não podem operar em sua plenitude o espaço mental que supõe a entrada nesse espaço social. (Cf. O Poder Simbólico, p. 225.)

²¹⁶ PIPES, Richard. *Idem*, pp. 59-60.

de terras; e, de outra, restaram excluídas da participação política as pessoas que não possuíssem terras.

A dialética da relação entre propriedade e poder político passa a ser praticada sem a participação do povo, a fonte primária do poder. Conquanto o capital estivesse tomando o lugar dos bens imóveis como fonte por excelência de riqueza, para os fins práticos a propriedade ainda era sinônimo de bens de raiz. Pelo instituto do censo, o exercício dos direitos, sobretudo políticos, restou condicionado à obtenção de certo nível de rendimentos. O voto, instrumento de conquista do poder político, era limitado às pessoas que detivessem ou alugassem bens rurais ou urbanos equivalentes a uma certa quantia em dinheiro, ou que fossem titulares de determinada renda.²¹⁷

A percepção era a de que aqueles não tivessem propriedades rentáveis ou produtivas não tinham independência política na escolha dos governantes, sendo suscetíveis de manipulação. A garantia do exercício do direito de voto sem influências espúrias era demarcada ou medida por um mínimo material necessário à independência financeira, sistemática que, praticada largamente na Grã-Bretanha no século XVIII,²¹⁸ passou às colônias americanas, se bem que ali, em face da abundância de terras e da facilidade de acesso a elas, aos poucos a prática foi se extinguindo.

Nessa ambiência sociopolítica, a relação entre a propriedade e o poder político é direta, somente sendo conferido o sufrágio àquele que preenche determinada qualificação econômica, como a titularidade de bens imóveis ou de determinada renda.²¹⁹ Analisando essas restrições, que atentavam sem nenhuma cerimônia contra a igualdade jurídica dos indivíduos, Dalmo Dallari relaciona as causas que se costumava apontar — semelhantes às já referidas, praticadas na Grã-Bretanha — e que hoje soariam como risíveis: as pessoas de melhor condição econômica, especialmente os proprietários de bens imóveis, tendo maior preocupação com a ordem, pelo fato deterem uma situação social a preservar, inclusive quanto à proteção dos seus bens, dispunham de maior interesse e cuidado na escolha dos

²¹⁷ Assim estipulava o Ato de Reforma de 1867, na Inglaterra.

²¹⁸ HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. O Federalista, tradução de Ricardo Rodrigues Gama, Russell Editores Ltda., 2003, p. 356.

²¹⁹ No Brasil imperial, e.g., estavam excluídos de votar para deputados e senadores aqueles que não tivessem renda líquida anual de duzentos mil réis oriundos de bens de raiz, indústria, comércio ou emprego; e não eram elegíveis para deputado os que não tivessem renda líquida anual de quatrocentos mil réis. (Cf. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 20ª Edição, Malheiros, p. 350.)

governantes; e, como contribuintes de tributos, tinham todo o interesse na escolha daqueles que fariam uso desses recursos públicos. Por fim, não precisando trabalhar muito, dispunham de maior tempo para acompanhar os assuntos políticos, estando por via de consequência mais preparados para votar!²²⁰

No que diz respeito à conexão da propriedade com o poder econômico — “o poder de decidir e controlar o funcionamento do sistema socioeconômico, baseado no controle dos meios de produção e ...no controle do mercado”.²²¹ —, ela seguramente é a mais dotada de ressonância social, tanto na atualidade como historicamente. A impossibilidade de cisão do elemento político e do elemento econômico no conceito de propriedade privada — anota Giuliano Martignetti — caracteriza “as correntes do pensamento sociopolítico que, há mais de um século, se inspiram em Marx”,²²² que, no manifesto comunista, de março de 1848, já afirmara que o capital não é um poder pessoal, e sim um poder social, pertencente a todos os membros da sociedade.²²³

Enfatizando a íntima conexão do elemento econômico com o elemento político — a propriedade como instância de poder social —, em 1959, voltou Marx a escrever, em palavras que se tornaram célebres, que o conjunto “das relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base concreta sobre a qual se assenta uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas de consciência social determinadas. O modo de produção da vida material condiciona o processo de vida social, política e intelectual em geral. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; é, ao invés, o seu ser social que determina a sua consciência”.²²⁴

A ideologia marxista, posta em prática pela revolução russa, que inaugurou no mundo, sob uma visão utópica do futuro, um novo sistema econômico-social guiado em princípio pela superação da propriedade privada dos meios de produção, embora não possa

²²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., pp.184-185.

²²¹ MARTIGNETTI, Giuliano. Op. cit., p. 1029.

²²² *Idem*, Op. cit., p.1028

²²³ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. Manifesto Comunista, Boitempo Editorial, tradução de Álvaro Pina, 1ª Edição, março – 1998, 4ª reimpressão, junho de 2005, p. 53.

²²⁴ NUNES, António José Avelãs. Uma Introdução à Economia Política. Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2007, p. 499.

ser dada como superada (totalmente) em face do “degelo” soviético,²²⁵ já não apresenta talvez tanta valência para ilustrar a relação íntima de propriedade e poder, se considerada em face da força e das potencialidades da moderna economia capitalista concorrencial, sob os auspícios da livre iniciativa e da livre concorrência,²²⁶ na qual a propriedade mobiliária financeira, apoiada num complexo aparato de instituições — grandes empresas, bancos, bolsas, *holdings* — assume envergadura mundial e deixa impressa, em cada segmento da sua trajetória, a marca de estrutura e instrumento de poder econômico e político.

É como se mostra o mundo atual, regido pela globalização, fenômeno multidimensional que, aproximando os sistemas produtivos e os mercados, abrange processos complexos (e interrelacionados) que têm um dinamismo próprio e que envolve intercâmbio no desenvolvimento tecnológico e nos meios de comunicação além das fronteiras, entre todos os níveis de governo e entre agentes não governamentais, criando um mundo interdependente.

O fenômeno, que pressupõe desregulamentação econômica, privatizações e liberalização de mercados, tem feito surgir agentes não governamentais poderosos, às vezes com recursos maiores do que muitas nações. A globalização, hoje mais associada à interdependência econômica, à desregulamentação e ao domínio de mercado, tem sido acompanhada de um notável aumento da influência de mercados financeiros internacionais e instituições transnacionais no traçado de prioridades de políticas nacionais. O crescimento interativo de redes de produção, finanças e comunicação, nesse quadro, constitui mesmo um desafio para os conceitos tradicionais de Estado soberano, registrando-se uma mudança (ou mesmo uma migração) do poder e da autonomia dos Estados para os mercados, e um mundo sem fronteiras.²²⁷ Fala-se até mesmo — certamente com exagero — no eclipse do

²²⁵ Diz-se que o capitalismo contemporâneo constitui, na realidade, um novo capitalismo, assistindo-se a um movimento de convergência dos dois sistemas nos quais se divide o mundo, um sistema misto, superado do capitalismo e do socialismo. (Cf. António José Avelãs Nunes, *Uma Introdução à Economia Política*. Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2007, p. 242.)

²²⁶ NUNES, António José Avelãs. *Op. cit.*, p. 178.

²²⁷ SHELTON, Dinah. *Protecting Human Rights in a Globalized World*, HeinOnline --- 25 B.C.Int'l Comp. L.Rev.273-322 (2002), p. 276.

Estado-Nação, “ignorado pelos mercados globais de capital, transigente com as corporações multinacionais, à mercê dos mísseis intercontinentais”.²²⁸

Ser proprietário de uma titularidade patrimonial – conhecimentos tecnológicos, capital financeiro, propriedade mobiliária, ativos imobiliários, recursos estratégicos, recursos naturais, propriedade intelectual, modelos organizacionais, processos, informações etc. — equivale a ter à disposição, em variada extensão, objetos aptos a tomar e impor decisões sobre indivíduos, grupos ou camadas inteiras da sociedade, ou seja, instrumentos incisivos de poder social.

O fato se afigura particularmente visível na revolução tecnocientífica,²²⁹ ou era do conhecimento, na qual o acesso ao conhecimento científico e tecnológico, na dinâmica da infraestrutura revolucionária da microeletrônica e da transmissão digital de informações, aumenta de forma geométrica o poder competitivo²³⁰ dos agentes econômicos titulares da informação, constituindo, de um lado, fator decisivo no crescimento econômico das nações²³¹ e, de outro, fator de destruição dos agentes econômicos não competitivos.

Fala-se mesmo na conexão polissêmica propriedade-poder, em poder de coerção — o papel do Estado na proteção dos direitos proprietários — e até em soberania, como o poder associado à propriedade.²³² Todas as instituições sociais, em suma, repousam sobre o direito de propriedade, nas suas diferentes manifestações, determinando e cimentando as decisões políticas.

Vem a pelo, no epílogo da abordagem das conexões entre propriedade e poder, a reflexão de Hannah Arendt de que os donos da propriedade que não consomem, mas que permanentemente procuram aumentar as suas riquezas, “esbarram com um limite muito inconveniente: o fato lamentável de que os homens morrem. A morte é o verdadeiro motivo

²²⁸ MAGNOLI, Demétrio. *Globalização – Estado nacional e espaço mundial*, 2ª Edição, 2007 (17ª impressão) Editora Moderna Ltda., p. 43.

²²⁹ Chamada de terceira Revolução Industrial, que, com o advento da microeletrônica e da transmissão digital de informações, deu novo paradigma ao processo produtivo mundial na década de 1980. (Cf. Demétrio Magnoli, *Op. cit.*, p. 26.)

²³⁰ Não se trata apenas da atividade meramente exploratória, clássica no comércio entre as nações, senão da criação de nova base de desenvolvimento econômico, com transferência de tecnologia e novas modalidades de produção.

²³¹ LOZARDO, Ernesto. *Globalização: a certeza imprevisível das nações*. Lis Gráfica e Editora Ltda., São Paulo, 2007, p. 148.

²³² MUNZER, Stephen R. *Op. cit.*, p. 179.

pelo qual a propriedade e aquisição jamais podem tornar-se um princípio político inteiramente válido”.²³³ E prossegue:

A finitude da vida pessoal é um desafio tão sério à propriedade como fundamento social quanto os limites do globo são um desafio à expansão como fundamento do sistema político. Por transcender os limites da vida humana, o crescimento automático e contínuo da riqueza além das necessidades e possibilidades de consumo pessoais, que é a base da propriedade individual, vira assunto público e sai da esfera da simples vida privada. Os interesses privados, que, por sua própria natureza, são temporários, limitados pela duração natural da vida do homem, podem agora fugir para a esfera dos negócios públicos e pedir-lhes emprestado aquele tempo infinito necessário à acumulação contínua. Isso parece criar uma sociedade muito parecida com a das formigas e das abelhas, onde “o bem comum não difere do bem privado; e naturalmente inclinadas para o benefício privado, conseqüentemente procuram o benefício comum”. Como, porém, os homens não são formigas nem abelhas, tudo não passa de uma ilusão. A vida pública assume um aspecto enganador quando aparenta constituir a totalidade dos interesses privados, como se esses interesses pudessem criar uma qualidade nova pelo simples fato de serem somados.²³⁴

²³³ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo (Anti-Semitismo, Imperialismo, Totalitarismo)*, Companhia das Letras (tradução de Roberto Raposo), 2004. pp. 174-175.

²³⁴ *Idem*, p. 175.

CAPÍTULO II

A PROPRIEDADE FUNDIÁRIA – TÓPICOS PERTINENTES NO SISTEMA JURÍDICO PRÉ-1988

Sumário: 2.1 Traços Históricos Relevantes 2.1.1 O Segmento das Ordenações
Reinóis 2.1.2 A Experiência das Sesmarias 2.1.3 A Lei de Terras 2.2 A Primeira
Codificação Civil – 1916 e o Paradigma Patrimonialista da Relação Proprietária 2.3
A Ideologia Individualista – a Propriedade como Projeção da Personalidade 2.4 A
Propriedade na Tradição Liberal – Direito Fundamental de Defesa 2.5 A
Constituição de 1934 e o Estado Social.

2.1 Traços Históricos Relevantes

A compreensão da experiência jurídica fundiária brasileira pré-1988 reclama alguma incursão jurídico-histórica, ainda que pontual, nos períodos da Colônia e do Império, e mesmo da República, considerando-se que nesses três períodos esteve o Brasil total ou parcialmente, e por largos anos, sob as malhas do tecido jurídico luso. A propósito, anota a doutrina um fato paradoxal: em razão do expansionismo marítimo e de comércio europeu dos fins dos tempos medievais, as terras brasileiras, sobretudo as do litoral, antes mesmo do descobrimento, em 1500, já pertenciam a Portugal em virtude do Tratado de Tordesilhas — *Capitulación de la Repartición del Mar Oceano* —, celebrado em 07/06/1494.²³⁵

Por esse tratado, firmado em decorrência do veemente protesto de D. João II de Portugal, que ameaçava pegar armas contra Castela pelo fato de o Papa Alexandre VI, revogando as concessões dos seus predecessores aos monarcas portugueses, ter concedido à Espanha as terras firmes e todas as ilhas achadas e por achar para o ocidente, localizadas aquém de 100 léguas das Ilhas de Açores e Cabo Verde, numa linha imaginária de polo a polo, os reinos de Portugal e Espanha, que figuravam entre as maiores nações do mundo cristão, decidiram dividir o mundo (e o Brasil) para si em duas metades, deslocando o meridiano das 100 léguas referidas no decreto papal²³⁶ para 370 léguas das Ilhas de Cabo Verde — e não mais de Cabo Verde e Açores. Os Reis de Portugal, conseqüentemente, passaram a ter a propriedade das terras ainda a descobrir numa extensão de 370 léguas das Ilhas de Cabo Verde, envolvendo praticamente toda a faixa do litoral brasileiro.²³⁷

Nos tempos presentes, nos quais, na maior parte do mundo ocidental, predomina a separação radical — pelo menos nominal — dos poderes confessional e temporal, soam como impensáveis tais incursões pontifícias. Mas assim não sucedia nos tempos medievais,

²³⁵ PORTO, Costa. Estudo sobre o Sistema Sesmarial, Imprensa Universitária, Recife, 1965, pp. 13-14.

²³⁶ Trata-se da Bula *Eximiae Devotionis*, de 1493, do Papa espanhol Alexandre VI, depois ratificada e confirmada em maio do mesmo ano pela Bula *Inter Coetera*. O Tratado de Tordesilhas, por sua vez, recebeu a aprovação do Papa Júlio II, pela Bula *Pro Bono Pacis*, de 24 de janeiro de 1504.

²³⁷ Como as incursões portuguesas alargassem o seu “domínio” além dos lindes de Tordesilhas, o Tratado de Madri, de 1750, garantiu para Portugal o domínio do atual território brasileiro.

nos quais a percepção universal era a de que o domínio territorial do mundo era um presente de Deus, senhor do Universo, representado na Terra pelos Papas, vigários de Cristo e chefes da cristandade, nada se tendo por perfeito e acabado sem a consagração da religião.²³⁸

Nisso reside a pertinência — e a relevância — da pequena e pontual incursão histórica que ora se projeta, visto como, conforme se lê em Cirne Lima, “a história territorial do Brasil começa em Portugal”, onde se encontram as origens remotas do regime de terras brasileiro. A ocupação do solo brasileiro pelos capitães lusos — prossegue o autor —, em nome da Coroa portuguesa, “transportou, inteira, como num grande vôo de águia, a propriedade de todo o nosso imensurável território para além-mar — para o alto senhorio do rei e para a jurisdição da Ordem de Cristo.”²³⁹

Nessa perspectiva — firmar algumas das premissas históricas da propriedade fundiária brasileira a partir do panorama do direito histórico português —, busca-se examinar a fase das ordenações do Reino, que produziram e deixaram marcas indeléveis no sistema jurídico brasileiro; a experiência do complexo regime das sesmarias, praticado em Portugal e no Brasil, sob os auspícios da Coroa portuguesa; e o significado histórico, social e jurídico da Lei 601, de 18 de setembro de 1850 — Lei de Terras.

Deseje-se ou não — afirma Marcelo Caetano —, o direito brasileiro e o direito português são parentes próximos, contendo a história do Direito português a árvore genealógica de grande parte dos institutos jurídicos praticados no Brasil. Conquanto tenham se diferenciado as condições sociais, e de forma profunda, entre as duas nações, ao longo de cinco séculos, a sociedade brasileira ainda é visivelmente tributária do legado genético das instituições jurídicas portuguesas, para aqui transplantadas de forma integral.²⁴⁰ E daí a nota de Pontes de Miranda de que no Brasil o direito não pode ser estudado a partir das

²³⁸ PORTO, Costa.. Op. cit., p. 19.

²³⁹ LIMA, Ruy Cirne. Pequena História Territorial do Brasil – Sesmaris e Terras Devolutas, 4ª Edição, Ministério da Fazenda, ESAF – Escola de Administração Fazendária, Brasília – DF, 1988, p. 15.

²⁴⁰ CAETANO, Marcello. As Sesmarias no Direito Luso-Brasileiro, *in* Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, p. 9.

sementes, pois nasceu do galho de planta trazido de Portugal e aqui enxertado pelo colonizador português.²⁴¹

2.1.1 O Segmento das Ordenações Reinóis

Já se destacou o paradoxo histórico de as terras do Brasil terem pertencido a Portugal antes mesmo do descobrimento. Na mesma regência do incomum, firmada a independência, em 1822, continuou o Brasil a reger-se pela legislação portuguesa, expressa essencialmente nas Ordenações Filipinas, por longos anos, até que fosse editado o Código Civil de 1916.²⁴² Por esse processo de recepção, o direito lusitano, até o final do século XV, anota Pontes de Miranda,²⁴³ “é a nossa história por bem dizer pré-colombiana”.

Pouco mais de um ano depois da independência, em 20 de outubro de 1823, é editada lei determinando que vigorassem no Império do Brasil as Ordenações Filipinas, as Leis e Decretos de Portugal promulgadas até 25 de abril de 1821, até que se publicasse novo código, tendo a Carta Política de 1824 estabelecido que “organizar-se-há quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e da Equidade” (art. 179, XVIII).

Vive-se ainda sob a ideologia política do absolutismo, doutrina que se desenvolveu entre os séculos XVI e XVIII e que deita raízes na doutrina orgânica e objetiva do Estado, estabelecida por Maquiavel, que defende a construção de um Estado — teria ele feito uso do termo pela primeira vez²⁴⁴ — com poderes absolutos, para que a ordem seja mantida. O

²⁴¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro, Forense, Rio de Janeiro, 2ª Edição, p. 27.

²⁴² A vigência do Código Filipino, em toda essa extensão, deu-se na parte relativa ao Direito Civil – o Livro IV. Quanto ao Direito Penal, veio a ser derogada pelo Código Criminal de 1830 e pelo Código de Processo Criminal de 1841; e, quanto ao direito privado, na parte relativa à atividade mercantil, pelo Código Comercial de 1850.

²⁴³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro, Forense, Rio de Janeiro, 2ª Edição, p.28.

²⁴⁴ BONAVIDES, Paulo, Teoria do Estado, 6ª Edição, Malheiros Editores, 2007, p. 34; e WOLKMER, Antonio Carlos. Elementos para uma Crítica do Estado. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990, p.20.

Estado, na pessoa do soberano, não tem limites jurídicos, externos e internos. O poder é exercido sem controles de outros poderes, superiores e inferiores.²⁴⁵

Expressão da atividade legiferante do monarca *legibus solutos*, sob os auspícios do Estado absoluto, no qual a pessoa do monarca, legitimado pelo direito divino dos reis — numa segunda fase do absolutismo, a legitimação do poder, expressa no contratualismo, passa a ser secularizada e teria encontrado em Portugal, no século XVIII, a sua expressão mais acabada²⁴⁶ —, se confunde com a do Estado, as ordenações em si mesmas já constituíam expressão do conservadorismo e da tradição.

É que as ordenações — a iniciar pelas Afonsinas, em 1446, consideradas como o primeiro código completo da Europa, nos tempos modernos²⁴⁷ — incorporavam leis gerais que, por seu turno, traziam sobretudo a influência manifesta da recepção do direito romano, que em Portugal se deu inicialmente a partir dos portugueses que se deslocavam para estudar nas universidades italianas — a Itália fora a pátria dos glosadores e dos pós-glosadores — e, depois, pela difusão que lhe infundiu a prestigiosa Universidade de Coimbra, fundada por D. Diniz em 1290, em Lisboa, e depois transferida para Coimbra; e, outrossim, a influência da renovação do direito canônico. O fortalecimento da autoridade do soberano soa como uma consequência dos princípios decorrentes do estudo do *Corpus Iuris Civilis*.²⁴⁸

As Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603 — para atualização das Ordenações Manuelinas em razão das numerosas leis extravagantes que se lhe seguiram²⁴⁹ —, e que mais pertinência têm neste estudo, estiveram em vigor por mais de trezentos anos, tendo vigência no Brasil até mesmo depois de revogadas em Portugal, resistindo à quebra dos

²⁴⁵ *Legibus solutos* é a expressão clássica que define o poder legiferante ilimitado do príncipe. Cuida-se possivelmente de forma sintética da expressão “*legibus soluti simus attamen, legibus vivimus*”: somos livres pelas leis, mas vivemos por elas. (Cf. Dirceu Rodrigues, *Brocardos Jurídicos*. Typ. da Casa de Minerva – Neves & Guido. S. Simão – Estado de São Paulo, 1930, 1º Volume, p.189.)

²⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pp. 35-36.

²⁴⁷ Substituídas pelas Ordenações Manuelinas, no século XVI – sua última versão veio a público em 1521 –, até mesmo pela necessidade pragmática de serem impressas. A imprensa acabava de ser descoberta. Alude-se também à ambição de D. Manuel, de aproveitar, no novo código, as doutrinas romanistas do poder absoluto dos reis. (Cf. Pontes de Miranda, *Fontes e Evolução*, p. 42.)

²⁴⁸ ALVES, José Carlos Moreira. A Contribuição do Antigo Direito Português no Código Civil Brasileiro, in *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português* (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, pp. 30-31.

²⁴⁹ A promulgação se deu no reinado de Felipe II de Portugal (III da Espanha), sendo confirmadas por D. João IV, em 1643, depois da retomada da independência.

laços políticos entre as duas nações. Mesmo proclamada a República, a Constituição de 1891 dispôs, no seu artigo 83, que “Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regimen, no que explicita ou implicitamente não fôr contrario ao systema de governo firmado pela Constituição e aos princípios nella consagrados”. Nem mesmo os ideais libertários e os brios da República, deixando para trás o descrédito das instituições imperiais, tiveram força política para fazer cessar a vigência do Código Filipino.

Lê-se em Moreira Alves que as Ordenações Filipinas, cujo conteúdo era marcadamente vinculado ao direito romano, continham muitas lacunas, cuja colmatagem, sobretudo em matéria de direito privado, levava à necessidade de recorrer, na sua interpretação e aplicação, às fontes subsidiárias: o direito romano, o direito canônico e, por fim, ao prestígio da *opinio doctorum*, expressa nas glosas de Acúrsio e nas célebres opiniões de Bártolo.²⁵⁰ No presente, quando a expressão bartolismo, com uma semântica de certo modo pejorativa, liga-se à valorização excessiva da opinião dos doutores e ao recurso à doutrina estrangeira²⁵¹ e quando a doutrina decididamente não é considerada uma fonte formal do Direito, mantém-se a importância das opiniões dos juristas de nomeada, que, recorrendo a fontes indígenas e alienígenas, auxiliam os juízes com os seus pareceres no deslinde de questões jurídicas difíceis ou de alta indagação.²⁵²

Conquanto longevas — com mais de três séculos de vigência, o que talvez não encontre explicação razoável senão na inércia cultural e na decadência das letras jurídicas naquela quadra da história portuguesa —, as Ordenações Filipinas, cujo livro IV trata do direito privado, ostentam um perfil retrógrado, como apontam os estudiosos, exprobandolhe as contradições, as incongruências, as falhas e a excessiva remissão — preguiçosa e comodista — ao direito romano e ao direito canônico. As decisões dos juízes, antes de se estruturar em fundamentação racional e persuasiva, faziam-se acompanhar de um longo

²⁵⁰ ALVES, José Carlos Moreira. A Contribuição do Antigo Direito Português no Código Civil Brasileiro, *in* Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, p. 32.

²⁵¹ VARELA, Laura Beck. Das Sesmarias à Propriedade Moderna: Um Estudo de História do Direito Brasileiro, Livraria e Editora Renovar, 2005, p. 196, nota 502.

²⁵² SILVA, Clóvis V. do Couto e Silva. Miguel Reale, Civilista, *in* Revista dos Tribunais, Ano 80, outubro de 1991, Volume 672, p. 54.

préstito de autores — juristas, moralistas e casuístas —, sem falar no vício de julgar o caso pela invocação de arestos, não raro impróprios para a hipótese em causa.²⁵³

Numa tentativa de enfrentar tal quadro de insegurança, as Ordenações Manuelinas continham duas novidades, que passaram às Ordenações Filipinas: i) as leis imperiais (direito romano) somente deveriam ser guardadas pela boa razão em que fundadas; ii) as glosas de Acúrsio e as opiniões de Bártolo não deveriam ser aplicadas se dissentissem da opinião comum dos doutores. Porém, como as Ordenações não especificassem o que fosse efetivamente a boa razão, os jurisconsultos buscavam as decisões na razão e no espírito das leis, sem recorrer às glosas de Acúrsio e Bártolo; e os juízes, por seu turno, nos casos difíceis e duvidosos, igualmente não mais consultavam à razão e à equidade, contentando-se em fundamentar as suas decisões nas citações dos doutores.

Esse vício — diz Pontes de Miranda — fez do povo brasileiro, um povo novo, num povo rotineiro e velho, cujas leis e praxe eram regidas por um compasso vagaroso, tímido e sonolento.²⁵⁴ Todavia, a praxe da citação mecânica de autores e de julgados — como se a quantidade valesse mais do que o poder de persuasão — começou a mudar cinquenta anos mais tarde, com a edição de Lei de 18 de agosto de 1769 — que passou à história como Lei da Boa Razão —,²⁵⁵ editada sob o propósito expresso de pôr termo à confusão existente no seio da jurisprudência portuguesa e que impôs novos critérios de interpretação e de integração das lacunas, os quais expressavam e faziam valer o ideário do jusnaturalismo racionalista e do uso moderno das pandectas — *usus modernus pandectarum*²⁵⁶ —, a face

²⁵³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro, Forense, Rio de Janeiro, 2ª Edição, p. 43-44.

²⁵⁴ *Idem*, p. 44.

²⁵⁵ A Lei de 18 de agosto de 1769 foi editada no reinado de D. José I, na época do poderoso Ministro Sebastião José de Carvalho e Mello, o Marquês de Pombal, um dos célebres cultores das ideias iluministas e jusracionalistas. Citada durante 50 anos apenas pela sua data — assim era a praxe da época —, foi apelidada de “Lei da Boa Razão” por José Homem Correia Telles, em 1824, com esta expressão: “Denomino-a a Lei da Boa Razão, porque refugou as Leis Romanas, que em BOA RAZÃO não forem fundadas...” (Cf. Guilherme Braga da Cruz, *in* O Direito Subsidiário na História do Direito Português. Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1974, Volume 4, p. 113, nota n. 101.)

²⁵⁶ A expressão *usus modernus*, ou *usus modernus pandectarum* (uso moderno das pandectas), uma relação entre o jusnaturalismo e o direito romano, expressa a ideia da prática atualizada do direito romano, na Alemanha (séculos XVI – XVIII); o uso moderno do direito romano sintonizado com as pandectas; uma nova relação com a tradição romana, superando-se a recepção puramente teórica: o direito romano interpretado em sintonia com a boa razão. (Cf. Franz Wieacker. História do Direito Privado, tradução de A.M. Botelho Hespanha, 3ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian/Lisboa, abril de 2004, p.227; e Guilherme Braga da

do iluminismo no mundo do direito,²⁵⁷ que expressava o estudo do direito romano à luz do jusracionalismo.

Essa lei, esclarecendo o que fosse a boa razão, antes referida nos textos das Ordenações, estatuiu que ela estava implícita nas regras de direito das gentes, postas por consenso universal. Entre outras determinações, restou vedada a utilização das glosas de Acúrsio e das opiniões de Bártolo, em prol das boas razões, e a invocação do direito canônico nas questões cíveis. Em assuntos políticos, econômicos e mercantis, as regras imperiais (direito romano) deveriam ceder passo às leis das nações civilizadas. O costume, de mais de cem anos, deveria estar conforme a boa razão e as leis do Reino.²⁵⁸

No texto das Ordenações, a boa razão, critério subsidiário supremo de integração de lacunas, que equivalia à justa razão ou à razão natural — isto é, ao direito romano presumido fundado na boa razão —, passa por um giro revolucionário, para significar a reta razão (*recta ratio*) dos jusnaturalistas, padrão maior da justiça e da felicidade dos povos. Essa viragem evolutiva, patrocinada pelo legislador pombalino, traduz, nas palavras de Braga da Cruz, algo como “encher de vinho novo os odres velhos”,²⁵⁹ injetando “nas encanecidas estruturas do direito português” o pensamento racionalista e iluminista da escola do direito natural.²⁶⁰

Mesmo editada a Lei da Boa Razão sob o espírito do século das luzes, os seus novos critérios de interpretação e de integração das lacunas não surtiram a esperada eficácia: por um lado, porque não traçou com clareza o conceito de boa razão;²⁶¹ e, por outro, porque a mentalidade dos tribunais portugueses e dos jurisconsultos, apegada ao método bartolista,

Cruz, in “O Direito Subsidiário na História do Direito Português”, Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1974, Volume 4, p. 149.)

²⁵⁷ CRUZ, Guilherme Braga da. O Direito Subsidiário na História do Direito Português. Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1974, Volume 4, pp. 115-117.

²⁵⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro, Forense, Rio de Janeiro, 2ª Edição, pp. 44-45; e ALVES, José Carlos Moreira. A Contribuição do Antigo Direito Português no Código Civil Brasileiro, in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, pp. 32-33.

²⁵⁹ No dizer dos Evangelhos “...ninguém põe vinho novo em odres velhos; do contrário, o vinho novo arrebentará os odres e entornar-se-á, e perder-se-ão os odres.” (Mt. 9.17; Mc.2.22; e Lc. 5.37).

²⁶⁰ CRUZ, Guilherme Braga da. Op. cit., pp. 114, 115 e 127.

²⁶¹ Não se sabia com clareza o que fosse a boa razão para fins de aplicação do direito romano em certas matérias não excluídas, sem falar na vedação da aplicação do direito canônico nas questões cíveis, ainda que envolvessem pecado.

revelou-se despreparada para a desafiante tarefa de adaptar à *recta ratio* o recurso ao direito romano como direito subsidiário.²⁶² Não é de olvidar-se, ainda, a inexorável hipoteca cultural de quase seis séculos de predomínio do direito romano e do direito canônico como fontes de direito subsidiário em Portugal e nos demais países da Europa ocidental, a qual somente veio a ser abalada com o advento do ideário iluminista e racionalista, na segunda metade do século XVIII.²⁶³

Uma tentativa de contornar tais dificuldades, com a adaptação das novas gerações de juristas ao espírito da Lei da Boa Razão, foi promovida pela Lei de 28 de agosto de 1772, que, cuidando da reforma do ensino jurídico, alterou os Estatutos da Universidade de Coimbra para afirmar que a boa razão fosse determinada “pelo uso moderno das leis imperiais, e, conseqüentemente, pela observância delas na doutrina e na legislação das nações cristãs.”²⁶⁴

Afirma-se, todavia, que ainda assim não se pôs fim à confusão e à instabilidade imperantes nos domínios da jurisprudência portuguesa, que apenas se deslocaram para outro ponto: se a instabilidade se punha, anteriormente, em torno da *opinio communis* e da sua prioridade sobre as glosas de Acúrsio e as opiniões de Bártolo, agora, diversamente, se punha em derredor da boa razão e da concordância, ou não, com ela, dos preceitos do direito romano invocados como direito subsidiário.²⁶⁵

Em face desse panorama — tratamento lacunoso do direito privado no Código Filipino, com excessivas remissões ao direito romano e ao direito canônico, que levava à incerteza e à instabilidade na jurisprudência, e as tentativas pouco exitosas de melhoria pela introdução do critério interpretativo da boa razão, em seus vários matizes —, a propriedade, quer como ideia ampla, de direitos patrimoniais, quer como direito real — domínio, como propriedade corpórea —, ali não recebeu nenhum tratamento sistemático. Não há sequer um capítulo específico sobre direitos reais.

²⁶² CRUZ, Guilherme Braga da. O Direito Subsidiário na História do Direito Português. Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1974, Volume 4, pp. 133-134.

²⁶³ *Idem*, p. 26.

²⁶⁴ ALVES, José Carlos Moreira. A Contribuição do Antigo Direito Português no Código Civil Brasileiro., *in* Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, p. 33.

²⁶⁵ CRUZ, Guilherme Braga da. Op. cit., pp. 138-141.

Já foi dito que Lei de 20 de outubro de 1823 estabeleceu que vigorassem no Império do Brasil as Ordenações Filipinas, as Leis e Decretos de Portugal promulgadas até 25 de abril de 1821, até que se publicasse novo Código; tendo a Constituição de 1824, por sua vez, dito que “organizar-se-há quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e da Equidade.” Mas é fato histórico, quanto ao Código Civil, que se preferiu adotar, antes, um critério de aperfeiçoamento, passando, em primeiro, pelo levantamento e consolidação de toda a legislação civil existente e, depois, com base no que tivesse sido feito, para a etapa de elaboração da codificação.

No testemunho de Teixeira de Freitas, quando contratado, em fevereiro de 1855, para o primeiro empreendimento de consolidar as leis civis,²⁶⁶ as Ordenações Filipinas, cujo Livro IV tratava do direito privado, eram “pobrissimas” e reclamavam suplemento. Nunca tivemos — diz o jurista — Código Civil “e se por tal reputássemos o corpo das Ordenações Filippinas, ou antes o 4º Livro dellas, que mais se dedicou aos contractos e successões, estaríamos ainda assim envolvidos na immensa teia das leis extravagantes, que se tem accumulado no decurso de mais de dois séculos e meio.”²⁶⁷

Ressalta Clóvis do Couto e Silva, contudo, que o Direito Civil brasileiro e o português tiveram um desenvolvimento orgânico precisamente com base nas Ordenações Filipinas, as quais, mesmo não constituindo um código no sentido moderno — faltava-lhes um estilo normativo e um sistema lógico de ordenação mais aperfeiçoado —, eram dotadas de centralização jurídica, elemento essencial numa codificação, centralidade à qual se reconduziam todas as leis extravagantes; e que, conseqüentemente, a Consolidação das Leis Civis somente se fez possível pelo desenvolvimento orgânico do direito privado português ao longo de mais de três séculos, com base justamente nas Ordenações Filipinas e numa extensa literatura dela derivada.²⁶⁸

²⁶⁶ De início, foi-lhe incumbido, por contrato firmado com o Governo, representado pelo então Ministro da Justiça Nabuco de Araújo, em 15/02/1855, “coligir e classificar toda a legislação pátria, inclusive a de Portugal, anterior à independência do Império, compreendendo-se na coleção e classificação as leis abrogadas ou obsoletas, com exceção das portuguesas.” Depois, consolidaria “toda a legislação civil pátria, com as mesmas condições de classificação.” (Cf. Teixeira de Freitas – Consolidação das Leis Civis, Edição fac-similar do Senado Federal, maio/2003, Introdução, pp. XXX-XXXI.)

²⁶⁷ FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis, Edição fac-similar do Senado Federal, maio/2003, Introdução, p. XXXII.

²⁶⁸ SILVA, Clóvis V. do Couto e Silva. Op. cit., pp. 57-59.

Aludindo ao desafio do qual fora encarregado, Teixeira de Freitas afirma que os colaboradores das Ordenações, seja pela escassez de conhecimentos, seja por pouca disposição para o trabalho, preferem reportar-se ao direito romano, mandando guardar, ainda, as glosas de Acúrsio e as opiniões de Bártolo e de outros doutores, e mesmo o direito canônico; e que a Lei de 18 de agosto de 1769, no objetivo de introduzir novos critérios interpretativos e de preenchimento das lacunas, em verdade deu largas ao arbítrio sob o título de *boa razão*,²⁶⁹ chegando as coisas a um ponto no qual o direito era estudado mais pelos praxistas que o invadiram do que pelas leis.²⁷⁰

Enfrentando o imenso desafio, em face de elementos legislativos confusos e esparsos, produzidos para uma monarquia absoluta ao longo de mais de duzentos e cinquenta anos (1603-1857) e, portanto, em muito inconciliável com o sistema representativo, Teixeira de Freitas lançou mãos ao trabalho hercúleo,²⁷¹ adotando como ponto central do sistema do direito civil — chave de todas as relações civis — a distinção entre os direitos reais e os direitos pessoais; e, como metodologia para conhecer a substância viva da legislação, como ele próprio declara, quiçá num excesso de dogmatismo, a de “examinar as leis em seus próprios textos sem influencia de alheias opiniões, comparar attentamente as leis novas com as antigas, medir com precisão o alcance e as consequências de uma e de outras.”²⁷²

Aprovada pelo Imperador, em 24 de dezembro de 1858, passou a Consolidação na prática a ser tida como texto legal, desempenhando o papel de verdadeiro Código Civil por mais de cinquenta anos (1858-1917), em que pese não ter sido submetida ao Parlamento, o

²⁶⁹ Chamando a atenção para aspectos curiosos em torno da execução da famigerada Lei da Boa Razão, ressalta Braga da Cruz que ela foi vítima da sua própria ideia tática de “meter vinho novo em odres velhos”. É que a “boa razão”, que o legislador pombalino adaptara à moda jusnaturalista, passou, na primeira metade do século XIX, a assumir um figurino liberal. Por sua vez, o *uso moderno*, que os Estatutos de Coimbra (1772) ofereciam como critério prático para averiguar a harmonia entre o direito romano e a *recta ratio*, passou, na segunda década do século XIX, a ser entendido, preferencialmente, como o direito das modernas codificações europeias, de índole individualista! (Cf. Guilherme Braga da Cruz, Op. cit., pp. 143-144).

²⁷⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. Op. cit., pp. XXXI-XXXII.

²⁷¹ “E, por isso, teve muitas vezes que desbastar o antigo direito reinícola, quase a machado, qual fez, por exemplo, com a escravidão, e também com a morte civil, a restrição dos direitos civis aos nacionais e outras absurdas velharias ainda mantidas em Códigos do Século XIX, incompatíveis com o regime democrático dos Estados americanos.” (Cf. Haroldo Valladão, in “Teixeira de Freitas, Jurista Excelso do Brasil, da América, do Mundo” – Código Civil – Esboço I, Ministério da Justiça, Co-edição com a Universidade de Brasília, 1983, p. XLIV.)

²⁷² FREITAS, Augusto Teixeira de. Op. cit., pp. XXXVI e LXII.

que pode ser explicado, como ressalta a doutrina, em face da imensa autoridade do seu organizador e, sobretudo, pela facilidade propiciada aos magistrados e jurisconsultos, afinal dispensados de recorrer à profusa e confusa legislação esparsa.²⁷³

Discorrendo acerca do caráter dos projetos do Código Civil de 1916, Pontes de Miranda afirma que Teixeira de Freitas “fez avançar, de muitos anos, o direito civil, e não raro lá está, no Esboço de 1860, o que mais tarde apareceu no Código Civil Argentino, no Uruguai, no Alemão e no Suíço. Para ele, as relações jurídicas são fenômenos que uns descobrem melhor do que os outros.”²⁷⁴ Fruto do saber, da pertinácia, da originalidade e da independência do seu autor, a Consolidação das Leis Civis revela-se, ainda no testemunho de Pontes de Miranda, obra “ampla, erudita, fiel, em que se casam o espírito de organização e a técnica codificadora, de modo a constituir admirável construção, com os mais esparsos e infirmos elementos legislativos então vigentes e oriundos de 1603 a 1857.”²⁷⁵

Sem embargo da riqueza e da originalidade do seu pensamento, sempre acentuadas pelos estudiosos,²⁷⁶ Teixeira de Freitas é considerado um jurista de formação conservadora, conhecedor da doutrina e da legislação estrangeiras, porém refratário aos exageros dos quais eram pródigos os civilistas portugueses do século XIX, assaz afeiçoados às tendências estrangeiras em rota de colisão com a tradição do vetusto direito português, os quais,²⁷⁷ adeptos dos princípios jusracionalistas das codificações modernas, pretendiam

²⁷³ AGUIAR, Ruy Rosado de. Prefácio à Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, Edição fac-similar do Senado Federal, maio/2003, p. XIX.

²⁷⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro, Forense, Rio de Janeiro, 2ª Edição, 1981, p. 87.

²⁷⁵ *Idem*, p. 80.

²⁷⁶ Na afirmativa de René David, a obra de Teixeira de Freitas, pode-se dizer, é a pedra angular do direito e da doutrina brasileira. Antes de Teixeira de Freitas, cujo papel, no Brasil, o Professor da Faculdade de Direito de Paris compara ao dos grandes juristas Acúrsio, Bártolo, Domat, Pothier, Bracton, Coke, Blackstone e Stair, não havia ciência do direito brasileiro. (*Apud* Haroldo Valladão, “Teixeira de Freitas, Jurista Excelso do Brasil, da América, do Mundo” – Código Civil – Esboço 1, Ministério da Justiça, 1983, Co-edição com a Universidade de Brasília, p. XLVII.)

²⁷⁷ Entre eles se destacava Correia Teles, cujo Digesto Português, prenhe de tal ideário, tentou-se adotar no Brasil, em 1845, como Código Civil brasileiro, em cumprimento ao art. 179, XVIII da Constituição de 1824. Proposta nesse sentido foi apresentada, sem sucesso, ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, pelo Barão de Penedo. (Cf. ALVES, José Carlos Moreira. A Contribuição do Antigo Direito Português no Código Civil Brasileiro, *in* Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, p.35.)

introduzi-los no direito português pela via de interpretação e do preenchimento de lacunas.²⁷⁸

Se a Consolidação das Leis Civis aprofundou no solo brasileiro as raízes transplantadas do velho direito português, que se abeberara vivamente no direito romano e no direito canônico, as grandes fontes do direito subsidiário das Ordenações Filipinas,²⁷⁹ o mesmo já não aconteceu no Esboço, de 1860, no qual, afirma Moreira Alves, Teixeira de Freitas “deu asas a seu gênio, inovando com independência, sem esquecer, contudo, as origens”.²⁸⁰

Uma das inovações mais expressivas no Esboço é a exigência da transcrição para a aquisição de direitos reais imobiliários por atos entre vivos,²⁸¹ até mesmo quando transmitidos por atos judiciais (art. 3.742). Os atos jurídicos aquisitivos de direitos reais imobiliários deixariam de ser negócios de disposição, na pureza do sistema romano. Somente em 1864 é que veio a lume a Lei Imperial n. 1.237, de 24 de setembro daquele ano, estabelecendo que a transmissão entre vivos por título oneroso ou gratuito dos bens suscetíveis de hipoteca, assim como a instituição dos ônus reais, não operam em face de terceiros senão pela transcrição — que não induzia prova de domínio, que ficava a salvo de quem fosse — e desde a respectiva data (art. 8º, *caput*, e § 4º).²⁸²

Em relação à propriedade, no entanto, o tratamento técnico que lhe confere a Consolidação das Leis Civis traduz um enorme salto evolutivo em relação ao Código Filipino, o qual, nos dizeres do próprio Teixeira de Freitas, era em geral “pobríssimo” — reportando-se em demasia ao direito subsidiário — e, no Livro IV, que cuidava do direito

²⁷⁸ ALVES, José Carlos Moreira. A Contribuição do Antigo Direito Português no Código Civil Brasileiro., *in* Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, pp. 35-36.

²⁷⁹ CRUZ, Guilherme Braga da. Op. cit., p. 26.

²⁸⁰ ALVES, José Carlos Moreira. A Contribuição do Antigo Direito Português no Código Civil Brasileiro., *in* Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, p. 38.

²⁸¹ “Art. 3.735. Os direitos reais sobre imóveis (arts. 395 a 405), transmitidos e constituídos por atos entre vivos (arts.3.731, n. 1; e 3.732, n. 1), adquirem-se unicamente pela transcrição no Registro Conservatório dos respectivos instrumentos públicos (arts.1.929, n. 1; 2.019 e 3.068, n. 2).”

²⁸² O registro hipotecário do art. 35 da Lei Orçamentária n. 317, de 21/10/1843, regulamentada pelo Decreto 482, de 14/09/1846, da mesma forma, embora sem a amplitude da Lei 1.237/1864, cuidara somente da constituição dos créditos hipotecários, na mira da segurança creditícia. Já o Decreto 169 — A, de 19/01/1890, que revogou e substituiu a Lei 1.237/1864 (regulamentado pelo Decreto 370, de 02/05/1890), ainda a serviço da segurança do crédito hipotecário — consagrou o princípio da especialização de todas as hipotecas legais —, da mesma forma não tratou a transcrição como constitutiva do domínio (art.8º, § 4º).

privado, mais se dedicou aos contratos e sucessões. Na Consolidação, diversamente, o segundo livro da parte especial cuida dos direitos reais, com destaque para a o domínio — propriedade corpórea e individualista, secretada pelo direito romano,²⁸³ incidente sobre as coisas tangíveis (*res quae tangi possunt*) —, ainda que sem defini-lo, à moda de muitas legislações, porém declarando as suas livres faculdades de usar, dispor e reivindicar as coisas (art. 884).

Cuida o livro dos direitos reais, também, da herança, na percepção de que é ela uma continuidade do domínio — os direitos reais do morto —, uma propriedade em complexo ideal; uma universalidade de direito, contendo direitos reais e direitos pessoais. Ainda que as relações jurídicas civis sejam direitos pessoais e reais, alguns institutos, dos quais a herança seria um exemplo, têm natureza comum, envolvem direitos reais e pessoais.²⁸⁴ (Note-se que somente no final do século XIX é que a divisão quadripartida das relações jurídicas civis, hoje de expressão universal, veio a ser consagrada pelo Código Civil alemão.)

Mas o maior destaque há de ser conferido à concepção de propriedade de Teixeira de Freitas, surpreendente num espírito de formação conservadora, de filiação romano-canônica, concepção que já se punha na visão moderna da instituição, como uma soma de titularidades patrimoniais, tangíveis ou intangíveis, o que leva autores presentes a dizer que a propriedade não constitui uma única instituição, e sim um conjunto de instituições referidas a diversos tipos de bens.²⁸⁵

A concepção tradicional — como já destacado — identificava a instituição da propriedade com a propriedade fundiária. Somente nos albores da idade moderna, com a expansão do comércio e as descobertas do Novo Mundo, é que se presenciou a ruptura no paradigma conceitual da propriedade, que antes significava essencialmente a titularidade de terras, a propriedade fundiária, ligada aos poderes soberanos. A propriedade passa a ser

²⁸³ “Os juristas romanos foram os primeiros a formular o conceito de propriedade privada absoluta, que eles chamaram de *dominium*, e a aplicaram aos imóveis e aos escravos... Para ser qualificado como *dominium*, um objeto tinha que satisfazer a quatro critérios: deveria ter sido obtido legalmente, ser exclusivo, absoluto e permanente.” (Cf. Richard Pipes, Op. cit., pp. 31-32.)

²⁸⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. Op. cit., pp. CXIV e CXV.

²⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 11ª Edição, 2006, Malheiros Editores, p. 236.

mais ligada ao capital, ao capitalismo financeiro, como um bem pessoal, sem associação direta necessária com as coisas tangíveis, sobretudo a terra.

Trabalha Teixeira de Freiras a propriedade como uma ideia ampla, integrada pelo conjunto dos bens exteriores, corpóreos e incorpóreos, redutíveis ao denominador comum moeda, que constituem o patrimônio de cada qual. Dela fazem parte, também — afiança o jurista —, “as cousas materiaes, que nos pertencem de um modo mais ou menos completo, como os factos ou prestações que se nos devem, e que, á semelhança das cousas materiaes, tem um valor apreciavel, promiscuamente representado pela moeda”.²⁸⁶ Trata-se do complexo dos direitos pessoais e dos direitos reais, constituindo o objeto do que os alemães chamam de teoria do patrimônio, ou direitos patrimoniais.²⁸⁷

Quando a Consolidação contempla expressamente o domínio, inaugurando o livro dos direitos reais (art. 884), ali naturalmente não esgota o tratamento emprestado à propriedade, na medida em que versa apenas uma parte do todo que é a propriedade, que abrange os direitos reais e a maior parte dos direitos pessoais, e que não se resume aos objetos corpóreos — propriedade corpórea —, como está no hábito de linguagem. É no direito de propriedade que devem ser achados os direitos reais.²⁸⁸

2.1.2 A Experiência das Sesmarias

Não se busca, com esta abordagem, nenhuma incursão histórica mais percuciente ou ambiciosa que tenha por objeto as sesmarias e o seu regime jurídico no Brasil, a partir de Portugal, onde se iniciou a experiência no século XIV, com a famigerada lei de sesmarias, do monarca D. Fernando, em 1375. Limita-se o objetivo, diferentemente, ao estudo pontual desse sistema de colonização e do seu modelo jurídico naquilo que deitam consequências no regime da propriedade fundiária brasileira: o sistema sesmarial, tendo a doação onerosa como título aquisitivo, terá sido o embrião da instituição da propriedade privada em território brasileiro.

²⁸⁶ FREITAS, Augusto Teixeira de. Op. cit., pp. LXIX e LXX.

²⁸⁷ *Idem*, pp. LXX e CXIV.

²⁸⁸ *Idem, ibidem*, pp. LXVII, LXIX-LXXI.

Portugal, país de pequena e pobre população, porém um dos líderes europeus em expansionismo, passou por ingente desafio em face dos descobrimentos, tendo à frente a necessidade de povoar e repovoar largos tratos de território. “Basta pensar que, no início do século XVI, a Coroa Portuguesa tinha de manter a regularidade da navegação e do comércio com as costas africanas e o Oriente; que povoar e cultivar as ilhas, achadas desertas, dos arquipélagos da Madeira, dos Açores, de Cabo Verde, de São Tomé e Príncipe ... E surgia-lhe pela frente a empresa grandiosa do Brasil!”²⁸⁹

Entre as opções de política administrativa para colonizar as novas terras descobertas, o país fez uso da fórmula das capitânicas hereditárias, experiência já testada com êxito nas ilhas atlânticas, que haviam sido concedidas a nobres, com o encargo de povoá-las a suas expensas, recebendo, em contrapartida, a delegação de poderes senhoriais — administrativos e jurisdicionais — sobre os respectivos territórios. Como capitão, na área de sua jurisdição, o donatário governava, administrava e julgava.

Na colonização do Brasil, D. João III, aconselhado por um especialista em colonização, o prelado e diplomata português Diogo de Gouveia, decidiu pelo uso dessa fórmula, a partir de 1534, numa espécie de parceria com a iniciativa privada, colaboração que se fazia indispensável, por achar-se o poder público assoberbado com as preocupações do imenso império e, sobretudo, asfixiado pelas enormes despesas a ele inerentes.²⁹⁰ Além do mais, já existia no Brasil, nessa época, uma capitania: em 1504, a Ilha de São João, ou da Quaresma, distando aproximadamente 50 léguas de Natal, fora doada ao armador Fernando de Noronha, para que ali criasse gado, cultivasse e a aproveitasse, segundo lhe aprouvesse, pagando apenas o tributo do quarto e o dízimo.²⁹¹

Esses problemas da política monárquica portuguesa se inserem, em realidade, num quadro maior de desafios econômico-administrativos. É que os europeus, que no final do século XV administravam uma área territorial equivalente a 3,5 milhões de km², tiveram de administrar, com o descobrimento da América, uma área de 35 milhões de km² — dez vezes maior, portanto. Esse impacto, especialmente aos países líderes em expansionismo e

²⁸⁹ CAETANO, Marcello. Op. cit., p. 12.

²⁹⁰ *Idem*, p. 13.

²⁹¹ JUNQUEIRA, Messias. Breve Introdução Histórica ao Direito Territorial Público Brasileiro, in Revista de Direito Agrário n. 3, Ministério da Agricultura – INCRA, p. 19.

colonização — Portugal e Espanha —, trouxe grandes desafios de conquista, posse e administração, para consolidar as descobertas e, mais ainda, traduzi-las em expansão político-militar e em ganhos econômicos, desafios que não povoavam a mente desses povos europeus naquele século.²⁹²

Não existia ordem jurídica internacional além das bulas pontifícias, pertencendo as terras do novo mundo a quem nelas aportasse por primeiro, por direito de descobrimento reconhecido pelo sumo pontífice, na condição de chefe da sociedade internacional constituída pela cristandade. Os reis e conquistadores sempre procuravam legitimar seus descobrimentos, possessões e domínios pela proteção da Santa Sé, tendo os pontífices do século XV ascendência sobre os soberanos dos maiores impérios europeus, que lhes prestavam fiel e respeitosa obediência. As bulas pontifícias tinham a força de verdadeiros decretos internacionais.²⁹³ “Era Deus o grande e primeiro proprietário... O poder temporal era exercido por decalque da vontade divina.”²⁹⁴

O efêmero regime das capitanias, que não implicava a transferência do domínio do solo,²⁹⁵ senão a outorga dos poderes de administração e de jurisdição — não se tratava de um feudo, à moda medieval, pois o capitão, agindo por delegação de el-Rei, não governava com poderes absolutos —, sendo a legítima propriedade da terra atributo do Estado,²⁹⁶ não teve o esperado sucesso, o que se explica, entre outras razões, pela enorme distância que separava o Brasil da metrópole e, sobretudo, pelos pesados investimentos em recursos materiais e humanos em proporções insuportáveis pela Coroa.

²⁹² LOZARDO, Ernesto. Op. cit., p. 24.

²⁹³ É histórico o protesto histórico de Francisco I, que ascendeu ao trono da França em 1515 e que, diante dos protestos dos embaixadores portugueses em face das incursões de flibusteiros gauleses em terras de Portugal e Espanha, em “violação” ao monopólio do comércio dessas nações, objetou-lhes, sem resposta: “Je voudrais bien qu’on me montrât l’article du testament d’Adam qui partage le nouveau monde entre mes frères d’Espagne et Portugal, en m’excluant de la succession.” (Cf. Messias Junqueira, Breve Introdução Histórica ao Direito Territorial Público Brasileiro, Revista de Direito Agrário N. 3, Ministério da Agricultura – INCRA, p. 19.)

²⁹⁴ BITTENCOURT, Pedro Calmon Muniz de. Direito de Propriedade, Rio de Janeiro, Imprensa Oficial, 1925, p.14.

²⁹⁵ O que os capitães receberam como patrimônio próprio foi apenas uma extensão, pré-delimitada, de 10 léguas, sendo as restantes – 50 léguas – pertencentes à Coroa, da qual recebiam, em tais áreas, por delegação, poderes de administração e de jurisdição. (Cf. Costa Porto, *in* Estudo sobre o Sistema Sesmarial, Imprensa Universitária, Recife, 1965, pp. 25-27; *et in* Sesmarialismo e Estrutura Fundiária, Revista de Direito Agrário n. 1, Ministério da Agricultura – INCRA, p. 42.)

²⁹⁶ PORTO, Costa. Sesmarialismo e Estrutura Fundiária, Revista de Direito Agrário n. 1, Ministério da Agricultura – INCRA, p. 41.

Das franjas do sistema de capitãncias, todavia, surgiu o desdobramento das sesmarias, outro modelo de instrumento jurídico de colonização, visto que os primeiros capitães donatários estavam investidos do poder de dar e repartir terras da capitãncia “de sesmarias”, que consistiam “na atribuição de bens incultos, por nunca terem sido cultivados ou por seu aproveitamento haver sido abandonado, a determinada pessoa, com o encargo de aproveitar dentro do prazo fixado em lei ou na carta de adjudicação.”²⁹⁷

Embora não existisse consenso em torno da questão, ²⁹⁸ historicamente a concessão de terras com a condição de aproveitamento recebeu, ao menos a partir do século XII, o nome de *sesmaria*, expressão que, na avaliação mais aceita, viria de *sesmo* — por sua vez derivado do latim medieval *seximus* (o sexto) —, tendo em vista que, destinada a terra para a distribuição, era ela dividida em seis partes ou *sesmos*, cada parte ficando sob os cuidados de um sesmeiro.²⁹⁹ Para outros, o regime das sesmarias proviria de vetusto costume medieval, comum em certas regiões da península ibérica, pelo qual as terras de lavoura da comuna eram divididas e sorteadas entre os munícipes para ser cultivadas por determinado período, chamando-se de *sexmo* cada uma das partes divididas.³⁰⁰ Seria, ainda, uma inferência do cultivo e aproveitamento da terra, essência do sistema sesmarial: o termo viria da palavra latina *caesinae*, a significar os cortes, sulcos ou rasgões feitos na flor da terra pela relha do arado ou da enxada.³⁰¹

A experiência das sesmarias, importada de Portugal como fórmula jurídico-política de povoamento do território e, mais tarde, de incremento da agricultura, já tivera longa história na Metrópole, onde, como experiência agrária, fora aplicada, no século XIV, numa saída desesperada para o incentivo da produção agrícola em face da aguda crise de

²⁹⁷ CAETANO, Marcello. Op. cit., p. 16.

²⁹⁸ Afirma-se, também, que o termo proviria de *seximus* (sexta parte), porque o beneficiário ficava obrigado a pagar ao senhorio, ou ao Estado, a sexta parte dos frutos colhidos. Mas a real origem do termo *sesmaria* é tida com um enigma linguístico, tema sobre o qual não há consenso. (Cf. Cirne Lima, in Pequena História Territorial do Brasil – Sesmarias e Terras Devolutas, 4ª Edição, ESAF – Brasília, 1988, pp. 19-22; Costa Porto, in Estudo sobre o Sistema Sesmarial, Imprensa Universitária, Recife, 1965, pp. 37-39; e Luiz de Lima Stefanini, A Propriedade no Direito Agrário, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1878, pp. 35-36, Nota n. 30.)

²⁹⁹ CAETANO, Marcello. Op. cit., p. 17, forte em trabalho da Profª. Virginia Rau, da Universidade de Coimbra.

³⁰⁰ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Natureza Jurídica das Sesmarias, Revista de Direito Agrária n. 9, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, p. 9.

³⁰¹ Explicação da nota (3) de rodapé do Título LXIII do Livro IV do Código Filipino – “Das Sesmarias” –, Edição fac-similar da 14ª Edição, de 1870, 3º Tomo, Edições do Senado Federal (Volume 38-C).

abastecimento que se abatera sobre o Reino. D. Fernando I, encurralado pela nunca vista crise de abastecimento e abalado na sua popularidade,³⁰² fez editar em 26 de junho de 1375, em Lisboa, após um censo das terras de sementeira que concluíra que “se todas se cultivassem haveria pã de sobejo”, a célebre Lei de Sesmarias,³⁰³ pela qual o monarca pusilânime paradoxalmente ganhou prestígio e se imortalizou. Na origem das sesmarias, atesta Marcello Caetano — a lei de D. Fernando I não as criou, fazendo apenas uso de velho instituto já inserido na tradição da península ibérica —, possivelmente nos séculos XI e XII, “está a necessidade de, quando os portugueses procediam à ocupação do seu território, distribuir terras incultas a colonos que as cultivassem”.³⁰⁴

Aos proprietários de terras não cultivadas foi imposta uma obrigação ou, mais propriamente, uma servidão pessoal de cultivo efetivo, em prol da coletividade, que poderia, entretanto (caráter pessoal), ser cumprida por arrendamento, competindo ao poder público, na qualidade de gestor dos interesses da coletividade, a fiscalização do efetivo cumprimento.³⁰⁵ Os donos de terras ociosas seriam “constrangidos pera as lavrar” e, não o fazendo, por qualquer motivo justo, deveriam fazer lavrá-las por outros, ou entregá-las a “lavrador que as lavre”, implicando a drástica sanção de confisco a eventual recusa: “perca a herdade e vá para o bem comum”.

Na execução dessa política, que, nos dias presentes, seria uma autêntica política de reforma agrária e cujo princípio regente seria o de “facilitar a terra inculta a quem queira trabalhar e condicionar o domínio dela a um efetivo e comprovado aproveitamento econômico-social, sob pena de caducidade da concessão”,³⁰⁶ cada cidade, vila ou comarca deveria ter dois agentes públicos encarregados da distribuição das terras (“dous õmes bõs dos melhores que y ouver”),³⁰⁷ denominados sesmeiros, termo que, por evolução semântica,

³⁰² F. Fernando I, o Formoso, último rei da dinastia Borgonha, enfrentava a revolta da comunidade, que não aceitava a sua paixão incontida por Leonor Teles (insultada pelo povo de Lisboa como a “barregã”, a “adúltera”, a “comborça”), já casada com Joao Lourenço da Cunha, o que provocou a guerra com a Espanha, dada a quebra de compromisso do Monarca com a infanta de Castela. (Cf. Costa Porto, *in* Sesmarialismo e Estrutura Fundiária, Revista de Direito Agrário n. 1, Ministério da Agricultura – INCRA, p. 42.)

³⁰³ PORTO, Costa. Sesmarialismo e Estrutura Fundiária, Revista de Direito Agrário n. 1, Ministério da Agricultura – INCRA, p. 42.

³⁰⁴ CAETANO, Marcello. *Op. cit.*, p. 16.

³⁰⁵ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Natureza Jurídica das Sesmarias, Revista de Direito Agrária n. 9, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, pp. 10-11.

³⁰⁶ CAETANO, Marcello. *Op. cit.*, p. 23.

³⁰⁷ PORTO, Costa. Estudo sobre o Sistema Sesmarial, Imprensa Universitária, Recife, 1965, p. 34.

passou a significar, no uso corrente e mesmo na legislação, aquele que recebia as terras de sesmaria, colono ou morador individual, corporações religiosas e mesmo aldeias indígenas, passando os agentes distribuidores e demarcadores de terras incultas a chamar-se juízes das sesmarias.³⁰⁸

A sistemática sesmarial de D. Fernando, ampliada e interpretada por medidas complementares de D. João I, veio a se incorporar às Ordenações, tendo o Código Filipino estatuído que “Sesmarias são propriamente as dadas de terras, casaes,³⁰⁹ ou pardieiros, que foram, ou são de alguns Senhorios, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas, e agora o não são. As quaes terras, e os bens assi danificados, e destruidos podem e devem ser dados de sesmarias, pelos Sesmeiros, que para isto foram ordenados”.³¹⁰ Nem mesmo os pardieiros (“casas velhas, ameaçando ruínas, ou já arruinadas e deshabitadas”), submetidos que ficaram a uma servidão de conservação e de reparo, escaparam da radical previsão (e possivelmente ineficaz) das Ordenações!

A releitura do instituto, por obra de D. Fernando I, que passou às Ordenações,³¹¹ com a imposição aos proprietários de terras incultas do ônus do cultivo efetivo, em benefício da coletividade, sob pena de confisco, não se dava de forma arbitrária e truculenta, senão sob os auspícios de regras definidas de respeito à propriedade, no que modernamente se chama de devido processo legal: incumbia aos sesmeiros, uma vez positivados os senhorios das terras incultas – grandes e fidalgos, ou de qualquer condição social —, citá-los (e às suas mulheres) para dizer o porquê da não exploração e, se não atendessem à notificação, ou não dessem razões convincentes, teriam um ano de prazo para trabalhar o solo ou o dá-lo em arrendamento. Se não acudissem ao determinado, as terras

³⁰⁸ CAETANO, Marcello. Op.cit., pp. 20-21.

³⁰⁹ *Casaes* eram casas de campo ou grangerias, também chamadas de Casal. (Cf. nota (1) ao Título XLIII do Livro IV, do Código Filipino, Edição fac-similar da 14ª Edição, de 1870, 3º Tomo, Edições do Senado Federal, Volume 38-C.) Eram, também, áreas de cultivo por conta própria ou cultivadas por famílias de camponeses, de geração em geração. (Cf. Laura Beck Varela, *in* Das Sesmarias à Propriedade Moderna: Um Estudo de História do Direito Brasileiro, Livraria e Editora Renovar, 2005, p.41, forte em Armando Castro, *Evolução econômica de Portugal dos séculos XII a XV*, Lisboa: Portugália, 1964-65, v. 2, 3.)

³¹⁰ Código Filipino ou Ordenação e Leis do Reino de Portugal, Livro IV, Título XLIII, Recopiladas por mandado D’El-Rey D. Philipe I, Edição fac-similar da 14ª Edição, de 1870, 3º Tomo, Edições do Senado Federal, Volume 38-C.

³¹¹ A disciplina das sesmarias ingressou nas Ordenações Afonsinas, de 1446 (Livro IV, Título 81); nas Ordenações Manuelinas, de 1511-1512 (Livro IV, Título 76, § 3º); e nas Ordenações Filipinas, de 1603 (Livro IV, Título 43 e §§).

ser-lhes-iam tomadas e distribuídas entre os lavradores para exploração no prazo máximo de cinco anos, procedendo-se da mesma forma com o novo beneficiário faltoso, que ainda pagaria multa pecuniária.³¹² (O princípio condutor rezava que “seram avisados os sesmeiros que nam deem mayores terras a huma pessoa que rezoadamente parece que no dyto tempo as poderão proveytar”.)

Com toda essa trajetória, o sistema sesmarial, com 150 anos de história nem sempre bem sucedida em Portugal, foi implantado no Brasil em 1530, pautando-se, no plano legal, basicamente pelo regimento dos delegados de el-Rey, que por sua vez se reportava às Ordenações — as Manuelinas até 1603 e, a partir daí, as Filipinas. Num Brasil onde tudo era diferente do Reino — sem falar nas condições e circunstâncias *sui generis* da Colônia, no mundo americano, no Reino existia pouca terra e muita gente e, aqui, terra em abundância, inexploradas, e pouca gente³¹³ para ocupá-las —, os autores, praticamente em coro, afirmam que o transplante do sistema gerou grandes distorções, entre elas o latifúndio.³¹⁴

Firmam os autores como o primeiro documento oficial das sesmarias no Brasil a carta-régia conferida a Martim Afonso de Souza, em 20 de novembro de 1530, capitão-mor e governador das terras do Brasil, que lhe permitia conceder sesmarias das terras que achasse e que se pudessem aproveitar. No exercício desse poder, Martin Afonso de Souza não tardou a agir, concedendo de sesmaria as terras da Ilha de Guaíbe a João Ramalho, em 1531, e as de Piratininga a Braz Cubas, em 1532.³¹⁵

Ainda em 1532 (28/02), Martim Afonso de Souza era informado por D. João III da decisão de dividir o litoral do Brasil, de Pernambuco ao Rio da Prata, em capitânicas com 50 léguas de costa. Na doação das capitânicas, feita pelo Rei, senhor natural e administrador perpétuo da Ordem de Cristo, entidade que tinha jurisdição espiritual sobre as terras do

³¹² Código Phillipino ou Ordenação e Leis do Reino de Portugal, Livro IV, Título XLIII, n. 1, Recopiladas por mandado D’El-Rey D. Philipe I, Edição fac-similar da 14ª Edição, de 1870, 3º Tomo, Edições do Senado Federal, Volume 38-C; e Costa Porto, Estudo sobre o Sistema Sesmarial, Imprensa Universitária, Recife, 1965, pp. 36-37.

³¹³ A população branca do Brasil, nos fins do ano 1500, andava pela casa dos 25 mil habitantes. (Cf. PORTO, Costa. Sesmarialismo e Estrutura Fundiária, Revista de Direito Agrário n. 1, Ministério da Agricultura – INCRA, p. 43.)

³¹⁴ *Idem*, p. 43; e Estudo sobre o Sistema Sesmarial, Imprensa Universitária, Recife, 1965, pp. 59, 65 e 69.

³¹⁵ *Idem*, Op. cit., pp. 36-37.

Brasil, com direito ao dízimo, o instituto das sesmarias reaparece entre as cláusulas das respectivas cartas, permitindo aos donatários que as concedessem. Não lhes era permitido, contudo, apropriar-se das terras, sequer por interposta pessoa, somente podendo outorgá-las a estranhos, em absoluta igualdade de condições, sem outras condições que não fossem o efetivo aproveitamento e o pagamento do dízimo.

Numa primeira fase, de quase meio século, na qual a única condição confirmadora do domínio privado era o aproveitamento da terra e que vai até o Regimento de Tomé de Souza, de 1549, o sistema sesmarial brasileiro pautava-se precipuamente, no formado legal, pelas Ordenações Filipinas e, no plano concreto, pelas cartas de doação, que estabeleciam as relações entre o doador e o donatário, e pelos forais, que definiam os poderes e os deveres do beneficiário, se bem que possivelmente o único ponto em comum entre o Portugal de D. Fernando e o Brasil de D. João III fosse a existência do solo inculto e sem aproveitamento. Para além disso, tudo praticamente era diferente, a começar pelo conceito de sesmaria do Código Filipino (“... as dadas de terras, casaes, ou pardieiros, que foram, ou são de alguns Senhorios, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas, e agora o não são.”), o qual, como adverte Costa Porto, de nenhum modo ajustar-se-ia ao Brasil, cujas terras, nunca tendo sido integrantes do domínio de senhorios, não poderiam, se aptas para lavrar e aproveitar, ter permanecido ociosas e incultas pela incúria dos donos, nem, como tais, abandonadas.³¹⁶

As concessões de sesmarias, dessa forma, não poderiam ter por objeto, como sucedia em Portugal, terras de propriedade privada, abandonadas ou que houvessem sido confiscadas pelos sesmeiros, senão terras públicas pertencentes à Coroa. Não existia, nesse período histórico, propriedade privada no Brasil, cuja constituição se inaugurou com as doações, sob condição resolutiva (implementada) de cultivo e aproveitamento, de terras públicas de sesmarias.³¹⁷ O impulso gerenciador era o princípio do cultivo como fundamento do domínio, talvez um embrião da moderna função social da propriedade. As

³¹⁶ PORTO, Costa. Estudo sobre o Sistema Sesmarial, Imprensa Universitária, Recife, 1965, p. 53.

³¹⁷ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Op. cit., pp.12-13.

terras do Brasil estavam sob jurisdição espiritual da Ordem de Cristo,³¹⁸ titular da cobrança do dízimo, jurisdição que não implicava domínio temporal.³¹⁹

Uma pequena pontuação há de ser feita à crítica de Costa Porto – inaplicação absoluta do conceito filipino de sesmaria ao Brasil —, considerando-se que as Ordenações continham ainda disposição que mandava destinar às sesmarias os terrenos maninhos (“terrenos incultos e infructiferos”), nos quais se incluíam as terras incultas não lavradas e aproveitadas do Brasil, sendo vedado a todas as pessoas, inclusive as de alta distinção — Prelados, Mestres, Priores, Comendadores, Fidalgos — delas se apropriar.³²⁰

Este aspecto — transplante, puro e simples, sem nenhuma adaptação, da legislação reinol para um ambiente em todos os sentidos diferente — é arrolado como um dos erros palmares dessa fase do sesmarialismo colonial, expressivo, por outro lado, de uma política de excessiva centralização da Coroa, fonte única do direito — o tempo histórico é o do Estado absoluto, no qual a figura do monarca se confunde com o Estado³²¹ —, cuja produção legislativa se manifestava em profusão. A legislação, cada vez mais minudente e casuística,³²² editada à distância e alheia à realidade colonial, tumultuada e não raro conflitante, estava fadada ao insucesso, tanto mais pela impossibilidade de fiscalização: diversamente de Portugal, território minúsculo, com agentes oficiais em cada cidade, no Brasil os delegados da Coroa, residentes nas sedes e em reduzido contingente, sequer sabiam o que se passava pelo interior.³²³

Outro aspecto decisivo era a dificuldade de divulgação das normas, que, na vastidão da Colônia, demoravam a chegar ao conhecimento das autoridades e às vezes sequer

³¹⁸ Instituída pela bula “Ad ea ex quibus”, de João XXII, de 13/03/1319, a serviço da causa da propagação da fé, em substituição à Ordem dos Templários, cujos bens (móveis, imóveis, seculares e eclesiásticos) situados em Portugal incorporou. Em 20/05/1420, depois de lento processo histórico, a bula “In Apostolicae Dignitatis”, de Martinho V, entregou a direção da Ordem ao Infante português. Em 1551, a bula “Praeclara Clarissimi”, de Júlio III, determina que o Grão Mestrado da Ordem de Cristo seja, em definitivo, exercido pelos monarcas lusitanos. (Cf. Costa Porto, Estudo sobre o Sistema Sesmarial, Imprensa Universitária, Recife, 1965, pp. 42-47.)

³¹⁹ PORTO, Costa. Estudo sobre o Sistema Sesmarial, Imprensa Universitária, Recife, 1965, pp. 49-51.

³²⁰ Título XLIII, n^{os} 9 e 15.

³²¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 12.

³²² A legislação cuidava dos graves problemas da justiça, da administração e do governo, e também tratava de insignificâncias: como deveria vestir-se o colono, o que deveria comer, como seria o vestuário das escravas, a ordem de precedência nas procissões e atos litúrgicos etc. (Cf. Costa Porto, Estudo sobre o Sistema Sesmarial, Imprensa Universitária, Recife, 1965, p. 94.)

³²³ PORTO, Costa. Estudo sobre o Sistema Sesmarial, Imprensa Universitária, Recife, 1965, pp. 53,55 e 93-94.

chegavam, permanecendo os seus instrumentos nos arquivos. Não existia uma coleção oficial das leis lusitanas,³²⁴ que não eram publicadas regularmente, de forma generalizada, para o conhecimento do público, que delas tinha conhecimento “por meio de cópias que se pediam aos oficiais da Coroa ou, às vezes, pelo registro e mediante leitura, pelos tabeliães, nos tribunais dos Concelhos”.³²⁵

Mudanças, ainda que nem sempre para melhor, são apontadas com o Regimento de Tomé de Souza, novo Governador-Geral do Brasil, de 17 de dezembro de 1548 — Regimento dos Provedores da Fazenda del Rei Nosso Senhor nas Terras do Brasil —, cujas disposições em certa medida atualizam as normas fundiárias portuguesas em atenção às peculiaridades da Colônia, definindo as sesmarias da forma como durante séculos viriam a ser praticadas na colonização do Brasil.³²⁶ Inaugura-se a segunda fase das sesmarias, de aproximadamente 250 anos, na qual as doações, a cargo dos Governadores-Gerais, residentes em Salvador — as concessões inicialmente eram atribuição dos donatários das capitâneas, que passou depois para os Governadores-Gerais e, por fim, para a Coroa, por seus agentes qualificados —, visavam especialmente o cultivo da cana-de-açúcar — o açúcar estava em alta cotação no mercado europeu — e as condições confirmadoras do domínio particular eram o aproveitamento da terra e o registro da dádiva, com seus elementos especificadores, junto à Provedoria.³²⁷

O novo marco legal, que Messias Junqueira afirma ter sido de fato a primeira constituição do Brasil,³²⁸ trouxe os “germes da transformação, que lentamente viria a operar-se na legislação de sesmarias, sob a influência do meio colonial”.³²⁹ Severo em relação aos sesmeiros remissos ou tardos no cumprimento das condições das concessões, o Regimento contém inovações significativas, como a previsão de concessão de terras para a edificação de engenhos de açúcar, e a preocupação estratégica de associar à exploração a defesa do território, com a construção de torres ou casas fortes.

³²⁴ *Idem*, p. 95.

³²⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro, Forense*, Rio de Janeiro, 2ª Edição, p. 39.

³²⁶ CAETANO, Marcello. *Op. cit.*, p. 26.

³²⁷ STEFANINI, Luiz de Lima. *Op. cit.*, pp. 37-38.

³²⁸ JUNQUEIRA, Messias. *Op. cit.*, p. 20.

³²⁹ LIMA, Ruy Cirne. *Op. cit.*, p.39.

A concepção do poder político português, nesse momento histórico, é a do patrimonialismo, forma de dominação política de extração weberiana³³⁰ pela qual a administração pública é gerida como patrimônio privado do soberano, numa indistinção, legitimada pela tradição, das esferas do público e do privado. Numa racionalidade material, “o poder central, cercado pelo quadro administrativo, comanda a economia, as forças militares, o aparelhamento burocrático, que dele depende pelo recrutamento e pelas retribuições, condicionando ao seu comando os indivíduos, imantados pelo dever de lealdade ao soberano”.³³¹

O soberano português dispunha da terra como instrumento de poder, num tempo em que as rendas provinham essencialmente do solo, logrando amealhar imenso patrimônio rural, cuja propriedade se confundia com o patrimônio da casa real, alocados os recursos tanto nas necessidades pessoais como nas coletivas, em circunstâncias que mal diferenciavam a coisa pública dos bens particulares, do domínio privado do soberano. “A propriedade do rei — suas terras e seus tesouros — se confunde nos seus aspectos público e particular. Rendas e despesas se aplicam, sem discriminação normativa prévia, nos gastos de família ou em obras e serviços de utilidade geral.”³³²

Na advertência de Cirne Lima, o velho preceito das Ordenações, de que “não se dessem maiores terras a huma pessoa que as que razoavelmente parecer ...que poderão aproveitar”, adquiriu no imenso território brasileiro uma leitura peculiar, informada pelo espírito do latifúndio, que passou a gerir a legislação das sesmarias. A prioridade das concessões passou a ser a construção de engenhos de açúcar, beneficiando os futuros senhores de engenho e fazendas, do que iria se formar a aristocracia econômica da sociedade colonial. Os homens da linhagem dos senhores de engenho — supunha a Coroa — é que dispunham de idoneidade financeira para tocar com sucesso a exploração econômica das glebas recebidas. Fidalgos e homens de distinção passaram a receber do Governador-Geral, de sesmarias, “tratos enormes de terras, que, depois de divididos, repartiam entre os povoadores, em novas sesmarias”.³³³

³³⁰ WEBER, Max. Op. cit., pp. 151-153.

³³¹ FAORO, Raymundo. A aventura liberal numa ordem patrimonialista. Revista USP (Dossiê Liberalismo/Neoliberalismo), n. 17, p. 17.

³³² FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder, 10ª Edição, Editora Globo, 1996, Volume 1, p. 8.

³³³ *Idem*, pp. 39-40.

O arbítrio e a conveniência individual passaram a gerenciar a ocupação territorial, dadas as falhas gritantes da administração portuguesa, o que se refletiu na propriedade. Como ilustração da descrença no caótico sistema, afirma-se que, ao invés de trilhar os canais legais da hierarquia da administração em busca de uma sesmaria, que, na maioria das vezes, se restringia aos candidatos ao latifúndio, afeitos ao poder e ávidos de domínios territoriais, aos colonizadores passou a ser preferível, num plano apenas de efetividade dominial, apoderar-se de um pedaço de terra e cultivá-lo, pura e simplesmente. Antes uma política agrícola, as sesmarias converteram-se numa verdadeira doação de domínios régios.³³⁴

Enormes distorções desviaram os objetivos do sistema. Aquele que pedia terras para as atividades de cana e engenho supunha-se dispor de largas possibilidades de aproveitamento, podendo ser contemplado com quinhões imensos sem maltrato à letra e ao espírito da lei. Não estabelecendo a lei limite expresso para as dimensões das datas, sucedia de o mesmo morador receber áreas imensas de sesmarias,³³⁵ em sucessivas doações — muitas vezes por via transversa, em nome da mulher e dos filhos —, sem falar na expansão dos domínios por compra e venda, direito hereditário e doação. Num dos símbolos expressivos da nova face do sistema, muitos titulares das concessões (“principais, melhores e honrados”), recebendo as datas em terras do interior, residiam nos centros urbanos do litoral e lá não punham os pés, dando as terras em arrendamento.³³⁶

O regime das sesmarias, mais precisamente o seu desvirtuamento, é diagnosticado como uma das causas do sistema latifundiário de grandes regiões brasileiras, até hoje condenado como a razão de males estruturais do País, entre eles a questão crucial e às vezes cruenta do acesso à terra. Na percepção de Cirne Lima (já referida), o sistema assumiu no imenso território brasileiro uma leitura peculiar, gerenciada pelo espírito do latifúndio, que passou a informar a legislação das sesmarias, e pela influência dominialista, esta

³³⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 41.

³³⁵ A família Ávila, da Casa da Torre, era senhora de mais de 300 léguas nas margens do Rio São Francisco e de mais da metade do Piauí, sendo, da mesma forma, senhora de grandes possessões os Guedes de Brito, no Carinhanha, e os dois irmãos Sertão, da Casa do Sobrado. (Cf. Costa Porto, *Sesmarialismo e Estrutura Fundiária*, Revista de Direito Agrário n. 1, Ministério da Agricultura – INCRA, p.43.)

³³⁶ PORTO, Costa. *Sesmarialismo e Estrutura Fundiária*, Revista de Direito Agrário n. 1, Ministério da Agricultura – INCRA, pp. 43-44; e *Estudo sobre o Sistema Sesmarial*, Imprensa Universitária, Recife, 1965, pp. 59, 65 e 67-69.

designadamente a partir de 1699, quando, pela Carta-Régia de 20 de janeiro daquele ano, aos titulares das sesmarias foi imposta, sem prejuízo do dízimo, a obrigação de pagamento de uma renda (foro) ao erário português, “segundo a grandeza e bondade da terra,” o que — prossegue o autor — era incompatível com os direitos da Ordem de Cristo, pelos quais as terras do Brasil não poderiam ser apropriadas.³³⁷ (A asserção, segundo já visto, em verdade encerra um equívoco, considerando que a jurisdição da Ordem era meramente espiritual, para cobrança do dízimo, no objetivo maior da propagação da fé, sem envolver o domínio temporal das terras públicas, que pertenciam à Coroa.)

Observando que aquele que pedia terras para as atividades de cana e engenho supunha-se dispor de largas possibilidades de aproveitamento, podendo ser contemplado com quinhões imensos sem maltrato à letra e ao espírito da lei, Costa Porto afirma, entre outras passagens, que, se “no Portugal de D. Fernando, de D. João I e de D. Duarte, a distribuição de terras de sesmaria gerou, em regra, a pequena propriedade, no Brasil foi a causa principal do latifúndio”; e que, reinando em toda parte a tônica da liberalidade na concessão das datas, grandes áreas eram concedidas, muitas vezes superiores a 100 léguas: “a sesmaria doada a Brás Cubas ... abrangia parte dos atuais municípios de Santos, Cubatão e São Bernardo do Campo, enquanto, no Nordeste, foram freqüentes as concessões de terras, mais largas do que os Estados dos nossos dias ...”³³⁸ Os imensos tratos de terra não se destinavam somente aos canaviais, na faixa costeira, na qual as possibilidades de escoamento do açúcar eram mais propícias, senão também à atividade pecuária, em regiões interioranas, menos adequadas aos engenhos de açúcar.

A relação, próxima ou remota, entre sesmarias e latifúndio parece um fato evidente, porém não necessário, visto que traduz mais uma decorrência das inúmeras distorções por que passou o sistema sesmarial na Colônia e menos um efeito direto e inevitável. Portugal, mesmo territorialmente inexpressivo, dispunha de uma tradição jurídica de muitos séculos, mas, em face da vastidão da Colônia, desabitada e insubmissa à dominação, quiçá não lhe restasse outra opção administrativa viável senão a política sesmarial. Messias Junqueira, a despeito de afirmar que as sesmarias era um regime latifundiário, ressalva que à época o latifúndio não assumia o aspecto nocivo da atualidade, quando improdutivo, e que, não fora

³³⁷ LIMA, Ruy Cirne. Op. cit., pp. 41-42.

³³⁸ PORTO, Costa. Estudo sobre o Sistema Sesmarial, Imprensa Universitária, Recife, 1965, pp. 58-59 e 61.

ele, “ainda estaríamos como os caranguejos arranhando as areias do litoral”.³³⁹ Costa Porto, na mesma reflexão, indaga que outra fórmula teria sido viável no Brasil senão a distribuição gratuita da terra, à moda do que fora feito no Portugal de D. Fernando e, depois, na Ilha da Madeira; e conclui, depois de questionar o que sucederia se as terras tivessem sido vendidas, arrendadas ou exploradas em enfiteuse, que outra forma ainda não se apresentou, para melhor ou para pior.³⁴⁰

Questiona-se mesmo a própria interpretação, tradicional e consagrada, de que a grande lavoura canavieira necessitava do latifúndio, como elemento básico para viabilizar o sistema sesmarial, e de que o latifúndio seja “uma resultante mecânica da concessão de sesmarias,” ou do espírito latifundiário de que fala Cirne Lima, na percepção de que a existência de extensões de terras incultas, em áreas concedidas de sesmarias — sujeitas à condição resolutive de cultivo e aproveitamento —, antes de ser uma resultante direta do espírito aristocrático lusitano, que relaciona *status* social e propriedade da terra, ou da mentalidade latifundista, soa mais realisticamente como “um produto da dinâmica do sistema colonial,” que, necessitando de parcelas de terras incultas, recebia-as em grande extensão e, de resto, com imprecisão de limites.³⁴¹

De toda forma, como prosseguissem as graves deformações do sistema sesmarial, novos ajustes eram feitos pela Coroa, para recuperar a eficácia perdida do sistema, especialmente no seu móvel maior: o efetivo cultivo e aproveitamento das terras dadas de sesmarias, mais simbólico que real. A imprecisão dos limites, que, além de ensejar a expansão indevida das áreas, originava frequentes conflitos fundiários entre sesmeiros, posseiros ou meros ocupantes, foi tratada pela Carta-Régia de 27 de dezembro de 1795, que fixou a dimensão máxima em cinco léguas quadradas, embora, na prática, pouco mudasse, até mesmo pela falta de geômetras. Na ausência de pessoal qualificado, muita medição pode ter sido realizada por um método bizarro de que dá conta a tradição oral do sertanejo: “o medidor enchia o cachimbo, acendia-o e montava a cavalo, deixando que o animal

³³⁹ JUNQUEIRA, Messias. Op. cit., p. 20.

³⁴⁰ PORTO, Costa. Estudo sobre o Sistema Sesmarial, Imprensa Universitária, Recife, 1965, pp. 51-52.

³⁴¹ VARELA, Laura Beck. Op. cit., pp. 88-90.

marchasse a passo. Quando o cachimbo se apagava, acabado o fumo, marcava uma légua”.³⁴²

Mais adiante, quando a concessão das sesmarias já estava na alçada dos Governadores-Gerais, é instituída a exigência da confirmação régia, sem a qual não se tornavam perfeitas e acabadas, exigência que a doutrina atrela à Carta-Régia de 20 de janeiro de 1699.³⁴³ Nessa fase, a consolidação do domínio na titularidade do sesmeiro requer, ao lado do efetivo aproveitamento, do registro na Provedoria, do teto extensivo de cinco léguas quadradas, do pagamento do foro e do dízimo, a confirmação régia, pelo Conselho Ultramarino³⁴⁴e, mais tarde, pela Mesa do Desembargo do Paço, no Rio de Janeiro.³⁴⁵

Em 1795, quando o sistema das doações já estava em declínio, com o acesso cada vez mais dificultado à legalização das concessões e, conseqüentemente, grande número de áreas e ocupações irregulares, Alvará³⁴⁶ de 5 de outubro daquele ano acrescentou a necessidade de medição e demarcação, medida que, por falta de infraestrutura técnica — carência de geômetras —, veio a ser suspensa um ano depois, por Alvará de 10 de dezembro de 1796.³⁴⁷

Tamanho era o desprestígio do sistema, que o fato social da ocupação tomou a dianteira da política sesmarial, fora da órbita jurídica da Coroa. Nas palavras de Cirne Lima, a legislação e o processo das sesmarias “se complicam, emaranham e confundem, sob a trama invencível da incongruência dos textos, da contradição dos dispositivos, do defeituoso mecanismo das repartições e ofícios do governo, tudo reunido num amontoado constrangedor de dúvidas e tropeços”.³⁴⁸

³⁴² PORTO, Costa. Estudo sobre o Sistema Sesmarial, Imprensa Universitária, Recife, 1965, p. 93.

³⁴³ *Idem*, pp. 127-128.

³⁴⁴ O Conselho Ultramarino, depois do qual melhorou a legislação sobre a Colônia, posto que integrado de antigos e experientes dirigentes coloniais, foi um tribunal administrativo criado em 14/06/1642, para, em substituição ao Conselho da Índia, cuidar dos domínios de ultramar. (Cf. Rodolfo Garcia, Ensaio sobre História Política e Administrativa do Brasil – 1500 a 1800. Livraria José Olímpio Editora – MEC, 2ª Edição, 1975, pp. 124-125; e Costa Porto, Estudo sobre o Sistema Sesmarial, Imprensa Universitária, Recife, 1965, p. 94.)

³⁴⁵ LIMA, Ruy Cirne. Op. cit., p. 44.

³⁴⁶ O alvará, ato do poder supremo, ora importava um rescrito de mercês, com o prazo de um ano; ora tinha força de lei, se viesse com previsão expressa nesse sentido. (Cf. Cf. Rodolfo Garcia, Op. cit., pp. 60-61.)

³⁴⁷ PORTO, Costa. Estudo sobre o Sistema Sesmarial, Imprensa Universitária, Recife, 1965, pp. 137-141; e STEFANINI, Luiz de Lima. Op. cit., p. 39.

³⁴⁸ LIMA, Ruy Cirne. Op. cit., p. 46.

Adonar-se, pura e simplesmente, de terras devolutas e cultivá-las tornou-se conduta comum entre os colonizadores, chegando a tamanha proporção que, com o passar dos anos, era considerada como mecanismo legítimo de aquisição do domínio, em princípio de forma paralela às sesmarias e, depois, em substituição a esse regime.³⁴⁹ Chegando as disfunções ao paroxismo, a Resolução n. 76, de 17 de julho de 1822, da Mesa do Desembargo do Paço, com a rubrica do Príncipe Regente, suspendeu todas as sesmarias futuras até a convocação da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa.

2.1.3 A Lei de Terras

Ao caos fundiário em que se convertera o sistema sesmarial, agravado por mais vinte e oito anos de livre ocupação que se seguiram à Resolução de 17 de julho de 1822, numa omissão completa de regulamentação legal — o chamado período áureo da posse, no qual a simples ocupação, mesmo a descoberto de título, passaria, *de lege ferenda*, a ser pressuposto do reconhecimento da propriedade particular —, impôs-se com determinação e realismo o legislador imperial, com a Lei 601, de 18 de novembro de 1850, que dotou o Brasil de um regime de terras à altura daquele momento histórico. Desse novel paradigma da propriedade fundiária em terras do Brasil, afirma Messias Junqueira tratar-se de uma lei “humana, liberal, concededora profunda da realidade brasileira ... que tanto mais se admira quanto mais se lhe aprofunda o espírito superiormente inspirado”.³⁵⁰

A Lei 601 — Lei de Terras —, produzida com raro senso de realidade, haja vista as anteriores leis portuguesas para o Brasil, que figuravam, em muitos casos, mais como caracteres líricos, enfrentou com firmeza o caótico quadro fundiário que encontrara, porém sem desconhecer o fato social das ocupações. Noutro salto, para reconduzir o caos à ordem, pondo cobro às livres ocupações, nas suas causas próximas e remotas, preocupou-se também em olhar para a frente.

Curvando-se ao fato consumado e irreversível daquelas situações reais fundadas na efetividade econômica, por um lado revalidou as sesmarias e concessões anteriores, desde

³⁴⁹ *Idem*, p. 51.

³⁵⁰ JUNQUEIRA, Messias. *As Terras Devolutas na Reforma Agrária*, Editora Gráfica da Revista dos Tribunais S. A., São Paulo, 1964, p. 67.

que cultivadas, ou com princípio de cultura e morada habitual do sesmeiro ou do concessionário, ainda que insubmissas às demais condições com as quais haviam sido concedidas, e, por outro, legitimou as posses mansas e pacíficas, havidas por ocupação primária ou derivada, nas mesmas condições de cultivo e morada traçadas para as sesmarias. Na dicção kantiana (consciente ou não) de que a natureza abomina o vazio,³⁵¹ o mote inspirador da lei era o respeito obsessivo ao trabalho do posseiro, à cultura efetiva do solo, mesmo a descoberto de um signo legal. Na face que mira o futuro, que Cirne Lima testemunha ser a mais importante,³⁵² a Lei de Terras vedou terminantemente a aquisição de terras devolutas por outro título que não fosse a compra e venda,³⁵³ pondo termo à política paternalista de colonização pela doação de terras.

O Brasil passou a ter um novo estatuto jurídico da propriedade territorial; ou, pelo menos, fez uma tentativa realista, tendo-se em conta que, como adverte Costa Posto, cerca de três anos depois, editado o bem elaborado regulamento da Lei n. 601 — o Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854 —, “quase tudo ficou reduzido ao papel, mais uma ‘ilusão gráfica’, sem nenhuma ressonância na vida prática”. Seria esperar muito — prossegue o autor — que a norma tardia consertasse “os erros cometidos em longo passado de mais de 300 anos de confusão, tumulto e desordens”.³⁵⁴

Medida de longo alcance social, a legitimação das posses mansas e pacíficas, informadas pela cultura, ou por princípio de cultura e morada habitual, conferiu ao camponês sem título, que estava à margem da legislação anterior, a efetiva possibilidade de acesso ao domínio da terra que explorava. Em virtude dessa opção de política legislativa, meras situações de fato vieram a ser elevadas a situações jurídicas. A medição da área no prazo marcado importaria, *ipso facto*, a expedição do respectivo título de domínio, embora a falta de medição, nos prazos legais, importasse a pena de comisso. Mas, ainda nesse caso,

³⁵¹ KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*, tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini, EDIPRO – Edições Profissionais Ltda., 1ª Edição, 2003, p. 111.

³⁵² LIMA, Ruy Cirne. *Op. cit.*, p. 67.

³⁵³ A Lei n. 601/1850, no ponto, é tida como uma imitação das leis adotadas nos Estados Unidos da América, em 1750, que, em substituição ao sistema de concessões praticado pela Coroa Britânica, estabeleceram o sistema de alienação por venda de terras devolutas. (Cf. Cirne Lima, *Pequena História Terriorial*, pp. 67-68.

³⁵⁴ PORTO, Costa. *Estudo sobre o Sistema Sesmarial*, Imprensa Universitária, Recife, 1965, p. 186.)

a visão liberal da lei permitia que o posseiro conservasse a parte do terreno com efetiva cultura, havendo-se por devoluta somente a parte inculta.³⁵⁵

Não existindo, como de fato não existia, direito preexistente, a ser reconhecido, senão uma mera situação de fato, ainda que qualificada por quase três décadas de vazio normativo em matéria de terras públicas, a legitimação de posse substancia na realidade uma doação de terras públicas sob certas condições (posse mansa e pacífica, cultura efetiva ou princípio de cultura e morada habitual), numa aplicação, em essência, da concepção lockeana de que a propriedade encontra justificativa na proteção do resultado do trabalho do homem; e, quiçá, numa manifestação *avant la lettre* da futura doutrina social da Igreja, que a Encíclica *Rerum Novarum*, de maio de 1891, anunciou ao mundo.

O senso de realidade, aliás, já tivera uma manifestação eloquente do poder imperial quando da edição da Resolução 76, de 17 de julho de 1822, da Mesa do Desembargo do Paço, produzida no exame de um caso concreto, pelo qual o posseiro mineiro Manoel José dos Reis, da Comarca de Rio das Mortes, pedira para ser conservado na posse das terras em que vivia há mais de vinte anos, com sua família de filhos e netos, mesmo não tendo as terras sido objeto de medição de alguma sesmária. Ainda que à Mesa — e assim já parecera ao Desembargador Procurador da Coroa — parecesse ter o requerente escolhido a via processual inadequada, opinando que devesse ele firmar novo pleito, pedindo as terras por sesmária, a decisão do Príncipe Regente foi a de mandar suspender *sine die* todas as concessões de sesmarias futuras, mantendo o suplicante na posse das terras que vinha cultivando.

Tirante a situação legal daquelas sesmarias cujo domínio já estava consolidado na titularidade dos sesmeiros na data da lei, como direito adquirido,³⁵⁶ em face do preenchimento de todas as condições legais translativas do domínio, o novo paradigma fundiário encontrou as terras brasileiras em basicamente três situações, dando a cada qual uma solução legal específica: as sesmarias cujos beneficiários não haviam cumprido alguma condição legalmente exigida para a consolidação do ato translativo, que a nova lei

³⁵⁵ Lei n. 601/1850, artigos 5º, 7º, 8º e 11.

³⁵⁶ A Constituição de 1824 já garantia o direito de propriedade (art. 179, XXII); e, segundo o Código Filipino, o sesmeiro deveria lavrar e aproveitar a terra no prazo máximo de cinco anos, findo o qual o seu domínio se consolidava. Não satisfeitas as condições, as terras ser-lhe-iam tomadas e entregues a outros. (Cf. Título XLIII, n.ºs. 3 e 4.)

legitimou mediante a comprovação, apenas, do cultivo efetivo e morada habitual (i); as terras simplesmente ocupadas à margem da lei, como meras situações de fato, constituídas naqueles 28 anos de vazio normativo posteriores à Resolução 76/1822, que foram legitimadas nas mesmas condições — cultivo efetivo e morada habitual do posseiro ou de quem o representasse —, com a expedição do respectivo título de domínio (ii); e as terras não incluídas nessas duas situações — nem distribuídas nem ocupadas —, denominadas genericamente de terras devolutas (iii).

As terras devolutas, cujo domínio veio a ser transferido aos Estados-membros pela Constituição de 1891, desde que situadas nos seus respectivos territórios (art. 64), deitam relevância marcante na propriedade imobiliária, quer pela sua própria noção que, via de regra atrelada a determinada época e vinculada a determinada lei, se presta a muitas acepções, quer sobretudo pelos constantes e recorrentes conflitos, de caráter individual e coletivo, que circundam a sua apropriação e exploração, ao longo dos anos, na história agrária brasileira.

Na acepção mais vinculada à rigidez etimológica e que seguramente não expressa a semântica moderna do termo, a expressão terra devoluta significaria aquela terra devolvida à Coroa, isto é, as terras distribuídas aos sesmeiros, para cultivo e aproveitamento, que, em face do descumprimento das condições traçadas nas cartas de doação, voltaram à plenitude dominial da Coroa.³⁵⁷ Ainda que não expresse a acepção mais corrente, o conceito etimológico, observa Paulo Garcia, é o que mais se adapta ao conceito jurídico de terras devolutas, dado que antigas leis portuguesas consideravam a palavra *devoluto* como alguma coisa abandonada.³⁵⁸

Nesse rumo, precisamente, é que evolui a semântica do termo. De fato, até que retornassem formalmente à disponibilidade da Coroa, pelo descumprimento de alguma das condições legais, as terras de sesmarias ficavam numa condição jurídica provisória, como que num limbo jurídico — não enquadradas na situação nova, tampouco na antiga —, sem dono e sem aproveitamento. Esse aspecto, de natureza material, visto em si mesmo, ganhou vulto e relevo na noção de terra devoluta, que passou a significar terra não aproveitada,

³⁵⁷ PORTO, Costa. Estudo sobre o Sistema Sesmarial, Imprensa Universitária, Recife, 1965, p. 178; e GARCIA, Paulo. Terras Devolutas. Edição da Livraria Oscar Nicolai, 1958, p. 155.

³⁵⁸ GARCIA, Paulo. Terras Devolutas. Edição da Livraria Oscar Nicolai, 1958, p. 157.

inculta, inexplorada, desocupada, sem dono,³⁵⁹ o que se afeiçoa à engenharia da Lei de 1850, cujos preceitos deixam claro o propósito de prestigiar a cultura e o aproveitamento da terra, mesmo a descoberto de titulação legal, e de apenar o procedimento inverso, de deixar a terra inculta, inexplorada.

Não constitui novidade que a Lei de Terras, em face do quadro fundiário anárquico que pretendia reger, a demandar realismo e objetividade, ao tratar das terras devolutas deixou de adotar expressamente um conceito dogmático propriamente dito — nenhuma das duas acepções acima referidas: terras devolvidas à Coroa ou terras desocupadas —, optando por enumerar os critérios indicativos do que não constituiria terra devoluta,³⁶⁰ deixando que o seu real significado resultasse da inferência lógica dos critérios de exclusão.

Na constância dessa sistemática, que Teixeira de Freitas, apesar de reputá-la como contextura ininteligível, repetiu textualmente no art. 53 da Consolidação das Leis Civis, para alterá-la no art. 337 do Esboço,³⁶¹ eram terras devolutas as que não estivessem aplicadas em algum uso público; as que não estivessem no domínio particular, por qualquer título legítimo, inclusive sesmarias (e outras concessões do governo) não incursas em comisso; as que não tivessem sido objeto de sesmarias (e outras concessões do governo), que, mesmo incursas em comisso, tivessem sido objeto de revalidação pela própria lei; e, por fim, as terras que não fossem objeto de posses mansas e pacíficas, ali também legitimadas.

À luz da Lei 601/1.850, portanto, todas as terras cuja situação jurídica refugisse àqueles critérios de exclusão eram consideradas terras devolutas, numa acepção que coincide com a noção de terras públicas não exploradas, não ocupadas, vacantes, sem dono, as quais, naquela quadra histórica, pertenciam ao patrimônio público da Coroa, por direito de conquista e ocupação. De par com a Lei de Terras — ensina Messias Junqueira —, terras devolutas são “... as que não estão incorporadas ao patrimônio público, como próprias, ou aplicadas ao uso público, nem constituem objeto de domínio ou de posse particular,

³⁵⁹ PORTO, Costa. Estudo sobre o Sistema Sesmarial, Imprensa Universitária, Recife, 1965, pp. 178-179.

³⁶⁰ Lei 601, art. 3º, *caput* e seus quatro parágrafos.

³⁶¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. Código Civil – Esboço, Ministério da Justiça, co-edição com a Universidade de Brasília, 1983, volume 1, p. 130.

manifestada esta em cultura efetiva e morada habitual”.³⁶² Ou, resumindo, terras públicas não aproveitadas, incultas, desabitadas, não apossadas.

Ainda que a Lei 601 não tivesse identificado expressamente como sinônimas as expressões “terras devolutas” e “terras públicas”, a ideia, que já constituía a premissa lógica da sua concepção — não existia propriedade particular em solo brasileiro além dos referidos critérios de exclusão —, veio a ser consagrada no seu regulamento, o Decreto 1.318, de 30 de janeiro de 1854, que, traçando a competência da Repartição Geral das Terras Públicas — igualmente uma criação da Lei de Terras —, estabeleceu que lhe competiria, entre outras atribuições, “dirigir a medição, divisão, e descrição das terras devolutas, e prover sobre a sua conservação”.

Embora, como se anotou, a Lei 601 e seu cuidadoso regulamento, em face dos erros cometidos ao longo de mais de três séculos de tumulto e desordens e naturalmente pelo grandioso (e custoso) aparato de recursos técnicos e humanos que pressupunham, não lograssem produzir a devida eficácia, quase tudo ficando reduzido ao papel, sem ressonância na vida prática, ela é, no dizer de Cirne Lima, “no seu conjunto, obra de valor e vulto, sobretudo, relativamente ao tempo”,³⁶³ representando, portanto, um divisor de águas na regência legal das terras públicas e, no limite, na história da propriedade fundiária brasileira.

Ainda que a eficácia não informasse necessariamente as minudentes disposições do Regulamento, para cada Município onde houvesse sesmaria — ou outra concessão do governo — sujeita a revalidação, ou posses sujeitas a legitimação, deveria ser nomeado um juiz comissário de medições, para as respectivas medições e demarcações, destacando-se, outrossim, ao lado dessas providências, a determinação legal para a realização de um completo levantamento estatístico das terras possuídas,³⁶⁴ tarefa que, em face da carência humana e material da máquina administrativa imperial, foi delegada à estrutura

³⁶² JUNQUEIRA, Messias. *As Terras Devolutas na Reforma Agrária*, Editora Gráfica da Revista dos Tribunais S. A., São Paulo, 1964, p. 68.

³⁶³ LIMA, Ruy Cirne. *Op. cit.*, p. 69.

³⁶⁴ Lei 601/1850, art. 13; e Decreto 1.318, de 30 de janeiro de 1854 – arts. 91 a 108.

institucional da Igreja Católica,³⁶⁵ instituição que, além da experiência pioneira em matéria de registro, que detinha desde os tempos medievais — de nascimento, de casamento e de óbito —, dispunha de grande penetração no solo brasileiro.

Esse levantamento — conhecido como registro paroquial ou registro do vigário —, muito familiar à crônica fundiária brasileira, pois alguns exegetas viram nele, durante algum tempo, uma forma de discriminação, no imenso território brasileiro, das terras do domínio público das do domínio particular;³⁶⁶ ou, nos traslados dos seus assentos, uma demonstração de domínio, na realidade não passou de um inventário das terras possuídas, a qualquer título — por *jus possessionis* ou por *jus possidetis*. O registro paroquial, obrigatório sob pena de pagamento de multa, não criou direito para o registrante, não sendo constitutivo de domínio ou sequer declaratório das posses ali informadas, como, aliás, dispôs o mencionado Decreto 1.318.³⁶⁷ Bem antes dele (já se viu), já dispusera a Lei 601/1850 que ficava proibida a aquisição de terras devolutas por outro título que não fosse a compra e venda.

Na saga histórica das terras devolutas, e sem embargo do realismo e dos bons propósitos do legislador imperial com a Lei de Terras, cuja obsessão, como lembra Paulo Garcia, era “respeitar a todo custo a detenção daquele que, sem título dominial em ordem, estivesse em contato com o solo brasileiro, com ocupação expressa dos dois requisitos absolutamente imprescindíveis: cultura efetiva e morada habitual,”³⁶⁸ a questão da terra e da sua apropriação ainda se ressentia de solução adequada e sustentada. Data de 1950, um século depois da Lei de Terras, afirma Costa Porto, com o agravamento das tensões sociais, sobretudo em certas regiões brasileiras, o despertar do poder público para o velho problema da reforma agrária, quando a Constituição de 1946 já preconizava a “justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos.”³⁶⁹

³⁶⁵ Pela Constituição Imperial de 1824, o catolicismo era a religião do Império: “Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permittidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior de Templo.”

³⁶⁶ LOUREIRO, Waldemar. Registro de Propriedade Imóvel, Rio de Janeiro, Forense, 1952, p. 23.

³⁶⁷ Art. 94 . “... As declarações, de que tratam este e o artigo antecedente, não conferem algum direito aos possuidores.”

³⁶⁸ Op. cit., p. 68.

³⁶⁹ PORTO, Costa. Sesmarialismo e Estrutura Fundiária, Revista de Direito Agrário n. 1, Ministério da Agricultura – INCRA, p. 45.

2.2 A Primeira Codificação Civil – 1916 e o Paradigma Patrimonialista da Relação Proprietária

Na efervescência das codificações modernas, tributárias do quadro axiológico do jusracionalismo e do iluminismo, um dos consectários lógicos da emancipação política brasileira, na arquitetura normativa da Constituição de 1824, viria a ser a elaboração de um Código Civil. Ainda que assim dispusesse a Carta Política imperial, estipulando que “organizar-se-há quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e da Equidade” (art. 179, XVIII), a previsão somente se concretizou tardiamente, quase um século depois, malogrando os esforços governamentais, que, na expressão da afirmação da consciência jurídica nacional, empreenderam várias tentativas na busca desse desiderato.³⁷⁰

Voltada para o futuro, marcada pelo seu signo criador e pela unificação, no seu corpo, de toda uma disciplina relativa a determinada matéria, resistente à mudança e à perda do seu significado jurídico, a codificação, sobre assegurar a certeza e a previsibilidade jurídicas — e disso tanto se ressentia o Brasil dessa época histórica —, constitui um fator por excelência de afirmação nacional. Sem embargo disso e em que pese o prestígio ideológico do Código Civil francês (1804), quiçá a maior consequência do ideário de 1789 no direito privado, o fato é que a longevidade das Ordenações Filipinas — mais de três séculos de vigência ininterrupta — impediu que o Brasil se incorporasse mais cedo ao movimento de renovação legislativa que de modo geral empolgou as nações ocidentais no século XIX.

A longevidade das Ordenações Filipinas — que, em linguagem de hoje, poderiam ser comparadas à clonagem de uma célula adulta (as Ordenações Manuelinas), que já nascera envelhecida, e que tipificam uma presença medieval nos tempos modernos,

³⁷⁰ Como se sabe, antes do projeto de Clóvis Bevilacqua, já na República (1899), sendo Campos Sales o Presidente da República, houve, no Império, a tentativa de Teixeira de Freitas, com o Esbobo, em 1859; e os projetos de José Thomaz Nabuco de Araújo, em 1872; de Joaquim Felício dos Santos, em 1882; e de Coelho Rodrigues, de 1890.

conservando a estrutura e o espírito das ordenações anteriores —³⁷¹ tem uma das suas explicações na injeção de vitalidade que lhes conferiu a Lei da Boa Razão. Com as suas novas concepções interpretativas, a Lei da Boa Razão pôs-se a serviço da correção de um dos defeitos mais apontados daquele corpo normativo, as suas omissões e lacunas, sobretudo no campo do direito privado: “... há capítulos inteiros do direito civil em que as ordenações são totalmente omissas, e outros em que, só através de alguma disposição esporádica, se pode vislumbrar quais as ideias mestras que o legislador teve em mente”.³⁷²

Outra explicação pode ser encontrada no peso da tradição, que se faz sentir sobremaneira no direito privado, que, arraigado no espírito dos povos, oferece maior resistência às inovações propostas pelas novas correntes doutrinárias. Afirma-se que, de todos os ramos do direito, o direito privado é o que mais se conecta com as realidades sociais, tendo-se em conta que à sua sombra “se desenrola toda a existência do homem, na sua luta pela vida e pela realização plena da sua personalidade”.³⁷³

Em 1855, quando o *Code Napoléon*, um marco miliário para o mundo da crença juracionalista na lei, no qual o particularismo feudal fora substituído por um direito geral dos franceses com base na razão, já completava mais de cinquenta anos e em que pese o mandamento da Constituição de 1824 para organizar-se “o quanto antes um Código Civil”, optou-se, no Brasil, numa tendência claramente conservadora, pela consolidação da legislação civil, técnica legislativa cuja natureza — formar um corpo novo do direito já vigente, sem inovações —, de resto, já contém em si o timbre necessário do conservadorismo.

Ainda que a Consolidação das Leis Civis, de elaboração desafiadora em face de elementos legislativos confusos e esparsos, produzidos para uma monarquia absoluta ao longo de mais de duzentos e cinquenta anos (1603-1857), haja, no consenso dos civilistas, excedido às expectativas e ainda que, aprovada pelo Imperador, em 24 de dezembro de 1858, tenha passado a desempenhar, na prática, o papel de verdadeiro Código Civil por mais de cinquenta anos (1858-1917), ela, se de um lado facilitou a obra do futuro código

³⁷¹ CRUZ, Guilherme Braga da. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1955, volume L, p. 35.

³⁷² *Idem*, p. 35.

³⁷³ *Idem, ibidem*, pp. 32-33.

civil, não deixou, de outro lado, de constituir-se um fator de manutenção, além do tempo razoável, da tradição jurídica portuguesa no Brasil e, portanto, de atraso do ingresso do País na era da codificação. “Não fora essa exímia condensação, e, por certo, as Ordenações do Reino não teriam vivido até 1917.”³⁷⁴

Na observação de René David, na obra de codificação dos direitos civis, os juristas da América Latina, por se orientarem mais pela razão do que pela tradição e por seus pontos de vista mais voltados para o futuro do que para a tradição, tomaram todos como modelo, no século XIX, o Código Civil francês. O único espírito verdadeiramente original que procurou se libertar dessa influência foi, no Brasil, Teixeira de Freitas; mas a originalidade desse jurista, a quem se conferira a tarefa de redigir um código, retardou por mais de sessenta anos a codificação, que somente veio a ser realizada em 1916.³⁷⁵

Enquanto Brasil e Portugal tiveram uma história jurídica em comum, as inovações de ordem legislativa submeteram-se a uma linha de pensamento filosófico definida, expressa no jusracionalismo, que deitou grande influência na legislação pombalina e, por consequência, na evolução do direito privado português. Mas, com o advento do individualismo liberal — versão, no campo jurídico, do liberalismo político e do liberalismo econômico, num crescendo de prestígio e simpatia na Europa a partir da Revolução de 1789 —,³⁷⁶ a partir do final do século XVIII, as duas nações passaram a andar por caminhos diferentes, ainda que da tensão dessas duas correntes de pensamento tenha resultado a formação do direito privado moderno.³⁷⁷

A difusão das ideias liberais, no campo jurídico, não medrou da mesma forma nos dois países. Portugal, situado na Europa, mais aproximado do baricentro das doutrinas inovadoras, que de logo conquistaram os seus irrequietos jurisconsultos, veio a sofrer a influência das doutrinas liberais no seu Código Civil de 1867, que, nas pegadas do Código

³⁷⁴ GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. Martins Fontes, São Paulo, 2ª Edição, 2006, p. 12.

³⁷⁵ DAVID, René. *Traité Elementaire de Droit Civil Comparé*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon Et. R. Durand-Auzias, Paris, 1950, p. 266.

³⁷⁶ No entrechoque das duas camadas de pensamento, o individualismo — anota Braga da Cruz — segue um caminho sinuoso: ora reforça as posições já conquistadas pelo jusracionalismo, ora corta fundo alguns dos seus dogmas, ora desvirtua e interpreta em sentido diverso alguns dos seus princípios basilares. (Guilherme Braga da Cruz. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro, p. 37.)

³⁷⁷ CRUZ, Guilherme Braga da. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1955, volume L, pp. 36-37.

Civil francês, incorporou a maior parte das inovações propostas pela vanguarda dos juristas da época, entre elas o efeito real dos contratos. Até essa data, contudo, o liberalismo não operara no vazio. A hábil atividade da doutrina já influenciara a interpretação das normas e a integração das lacunas, alterando de certo modo o paradigma legado pelo jusracionalismo, para dar vida às inovações individualistas. A boa razão — assevera Braga da Cruz — passava a vestir o figurino do individualismo liberal.³⁷⁸

No Brasil, mais distante dos ventos inovadores do individualismo jurídico, as circunstâncias históricas — embora as ideias da doutrina do liberalismo e dos códigos jusracionalistas não fossem desconhecidas dos expoentes da doutrina nacional, não se realizaram, depois da independência, reformas legais amplas e complexas no campo privado,³⁷⁹ permanecendo o País ligado ao cordão umbilical das Ordenações —, levaram a que as ideias liberais não produzissem de logo o mesmo efeito, permanecendo o seu sistema jurídico privado mais próximo da tradição jurídica portuguesa.

A mais expressiva demonstração dessa tendência conservadora possivelmente terá sido a célebre Consolidação das Leis Civis, que não se deve somente ao espírito conservador de Teixeira de Freitas. A reflexão social e jurídica de Teixeira de Freitas, na realidade, expressava — também observa Braga da Cruz —, o sentimento dominante dos juristas de maior prestígio daquela época no Brasil. Respeitada como um autêntico Código Civil, a Consolidação, virando as costas para a corrente progressista, já vitoriosa na Europa, restou, até o início do século XX, como a manifestação mais autorizada do direito privado vigente no Brasil.³⁸⁰

Essas circunstâncias ajudam a explicar porque, na elaboração da primeira codificação civil brasileira, a voz da tradição dominou os debates. O Código Civil de 1916, um marco na afirmação do sentimento nacional e, sobretudo, da civilística brasileira, na tradição do individualismo liberal, se de um lado é tido como um conjunto equilibrado e harmonioso, socorrendo-se de elementos das legislações civis mais recentes, de outro constitui, paradoxalmente, ainda que publicado nos albores do século XX, “uma expressão

³⁷⁸ *Idem*, pp. 53, 55, 61 e 65.

³⁷⁹ Uma exceção seguramente pode ser vista no Código Comercial de 1850.

³⁸⁰ CRUZ, Guilherme Braga da. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1955, volume L, p. 68.

muito mais fiel de tradição jurídica portuguesa, do que o próprio Código Civil Português, promulgado quase 50 anos antes!”³⁸¹

Levando em conta que a estrutura agrária mantida no Brasil era ainda a do sistema colonial — o Brasil, há pouco saído do regime escravagista, cujos tentáculos dominaram a sociedade colonial do vasto Império, era uma sociedade patriarcal de economia sobretudo rural, que resumia a sua vida econômica ao dueto da exportação de matérias primas e gêneros alimentares e da importação de produtos fabricados —, não seria de esperar-se, ao menos numa perspectiva de eficácia, um modelo jurídico menos conservador.

Fazia-se muito presente, ainda, a herança da estrutura da sociedade colonial, que tivera sua base fora dos meios urbanos, nos quais a autoridade do proprietário de terras era incontrastada, tudo se operando segundo a sua vontade, não raro caprichosa e despótica.³⁸² Os portugueses — anota Sérgio Buarque de Holanda — instalaram no Brasil, não uma civilização agrícola, senão uma civilização de raízes rurais. “É efetivamente nas propriedades rústicas que toda a vida da colônia se concentra durante os séculos iniciais da ocupação europeia: as cidades são virtualmente, se não de fato, simples dependências dela.”³⁸³

A classe política, que detinha o mando, integrada pelas famílias proprietárias da terra, tinha como seus porta-vozes os doutores, que, mesmo dela afastados pelo pensamento e pela cultura, voltados para a influência europeia, “agiam em defesa de seus interesses, por tradição, por sentimento, por interesse, e pelo instinto conservador de todo poder.”³⁸⁴ Os filhos de fazendeiros, educados nas profissões liberais, é que exerciam o monopólio da política, “elegendo-se ou fazendo eleger seus candidatos, dominando os parlamentos, os ministérios, em geral todas as posições de mando, e fundando a estabilidade das instituições nesse incontestado domínio”.³⁸⁵

³⁸¹ *Idem*, p. 69.

³⁸² Narra Sérgio Buarque de Holanda o caso de um certo “Bernardo Vieira de Melo, que, suspeitando a nora de adultério, condena-a à morte em conselho de família e manda executar a sentença, sem que a justiça dê um único passo no sentido de impedir o homicídio ou de castigar o culpado, a despeito de toda a publicidade que deu ao fato o próprio criminoso.” (Cf. *Raízes do Brasil*, 26ª Edição, José Olympio Editora, 1994, pp. 49-50.)

³⁸³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, 26ª Edição, José Olympio Editora, 1994, p. 41.

³⁸⁴ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, pp. 18-19.

³⁸⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Op. cit.*, p. 41.

Um abismo cultural separava a classe social letrada, que cultivava valores e gostos europeus e a grande massa da população inculta, submersa na ignorância.³⁸⁶ Ainda na análise de René David, no século XIX, quando os primeiros códigos civis da América Latina foram promulgados, tinham eles um caráter teórico muito acentuado. Refletiam, antes de tudo, um ideal de justiça de uma classe dirigente europeia por sua origem e sua formação, constituindo um direito que tinha em pouca conta as condições de vida, os sentimentos e as necessidades dos demais segmentos da população, mantidos em um estado de total ou semiescravidão. Diferentemente não ocorreria no Brasil com a sua primeira codificação civil, que retratava, sobretudo, um direito de civilização urbana pouco adaptado às condições de vida do interior do país, pouco conhecido e que, do ponto de vista econômico, social e político, era considerado secundário.³⁸⁷ Realizam essas codificações a concepção de mundo tipicamente ocidental, radicada essencialmente no apego aos princípios da moral cristã, na forma política da democracia liberal e na estrutura capitalista da sociedade.³⁸⁸

No quadro dos interesses de uma sociedade que permanecia patriarcal, temerosa do futuro incerto e insondável, e que, mesmo perdendo a força do trabalho escravo e, por trás dela, a origem das grandes fortunas obtidas com a importação e o comércio negreiro, não se libertara do arcabouço do sistema político-econômico colonial, afigura-se “natural” que o Código incorporasse as aspirações da elite cultural e econômica, mantendo-se na reclusão do ambiente social que expressava os seus costumes, transformados em instituições jurídicas tradicionais. A codificação imprime na disciplina das instituições jurídicas básicas — a propriedade, a família, a herança — os sentimentos e a visão de mundo da classe senhorial.³⁸⁹

Na tensão entre a ideologia liberal de uma elite dirigente, que aspirava a um regime político e jurídico que lhe permitisse maior liberdade de ação, e a burguesia agrária e

³⁸⁶ A população do Brasil, pelo censo de 1872, era de 9.930.478 habitantes, dos quais um milhão e meio de escravos; um milhão de indígenas, absortos no mundo da natureza; cinco milhões de agregados das fazendas e dos engenhos, que não integravam a realidade viva do povo; e apenas trezentas ou quatrocentas mil pessoas que efetivamente compunham a realidade viva do povo, integradas pelas famílias proprietárias de escravos, pelos fazendeiros, pelos senhores de engenho etc. (Cf. Gilberto Amado, *apud* Orlando Gomes, *in* Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro, Martins Fontes, São Paulo, 2ª Edição, 2006, p. 24.)

³⁸⁷ DAVID, René. Op. cit., pp. 266-267.

³⁸⁸ *Idem*, p. 258.

³⁸⁹ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 22.

mercantil, mais conservadora, que temia o preço dos insondáveis avanços liberais, a expansão do comércio exportador de produtos agrícolas faz surgir, antes da industrialização, uma urbanização prematura e, com ela, uma classe média, na qual se integravam os filhos de fazendeiros — atraídos para os centros litorâneos em função, também, da criação de escolas superiores — e pequenos comerciantes. Já foi dito que, nessa quadra histórica, a classe política, integrada pelas famílias proprietárias da terra, tinha como seus porta-vozes os doutores, que, mesmo dela distanciados pelo pensamento e pela cultura, voltados para a influência europeia, agiam como reféns da sua ideologia e, portanto, como defensores dos seus interesses.

Essa classe, mesmo não tendo ideologia própria — os expoentes da intelectualidade brasileira pertenciam à classe média e se inspiravam no pensamento e nas instituições políticas de povos mais adiantados,³⁹⁰ especialmente os europeus ocidentais —, assumiu uma posição conservadora, explicável até mesmo pelo surto de prosperidade por que passava, e procurou dar ao país uma organização social propícia à expansão das forças produtivas, conjuntura na qual o Código Civil é gestado, vindo à luz como obra de homens de classe média, por seus juristas, que o elaboraram “na preocupação de dar ao país um sistema de normas de direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção”.³⁹¹

O Código Civil, na reflexão de Pontes de Miranda, condensa um direito “mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação; quando cogita de classes, é com certo capitalismo indisfarçado, porém ingenuamente convencido de sua função de consolidação e justiça social”.³⁹² O privatismo doméstico gerencia a sua elaboração, fazendo com que muitas das suas disposições reflitam “o privatismo patriarcal que caracterizou o estilo de vida da sociedade colonial”.³⁹³ Tão poderoso é o quadro familiar, de forte afirmação do princípio de autoridade, que a sua sombra acompanha os indivíduos até mesmo fora do espaço doméstico. “Representando ... o único setor onde o princípio de autoridade é indisputado, a família colonial fornecia a

³⁹⁰ *Idem*, p. 27.

³⁹¹ *Idem, ibidem*, pp. 29, 30-31.

³⁹² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, Forense, Rio de Janeiro, 2ª Edição, p. 443.

³⁹³ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p.18.

ideia mais normal do poder, da respeitabilidade, da obediência e da coesão entre os homens”³⁹⁴, predominando conseqüentemente na vida social os sentimentos típicos da comunidade doméstica.

Cuida-se de uma ressonância da vetusta tradição, adotada pelas constituições liberais, de que a família, que tem na sua retaguarda a religião e o patrimônio, é o alicerce da sociedade (“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” — Carta Política do Brasil, art. 226). A sociedade, corpo político, é uma projeção ampliada da família, da qual herda o embrião das ideias de poder e de coesão, em tamanho jugo que até mesmo o público é pensado como uma projeção do espaço privado-familiar.³⁹⁵

Mesmo regida pelo cunho liberal-progressista, a codificação restou prisioneira dos interesses, da tradição, dos sentimentos e do instinto conservador da aristocracia rural, da classe poderosa dos fazendeiros.³⁹⁶ Em outro salto, o individualismo jurídico, que regia o pensamento dominante, não permitiu a assimilação de nenhum avanço na legislação social, tudo restando para os soberanos domínios da liberdade contratual. As tentativas de inovação de cunho social, v.g., de proteção do trabalhador, então regido pela locação de serviços, na perspectiva da limitação da jornada de trabalho e, sobretudo, de proteção nos acidentes do trabalho, naufragaram em face das então condições sociais do país e do seu atraso econômico, malgrado a atmosfera do novo espírito social desencadeado pela abolição da escravatura e pela proclamação da República.³⁹⁷

Nesse panorama, cujas cores se acentuam pelo temor de que as ideias socialistas investissem contra a organização da propriedade e da família, a engenharia legal da propriedade — fala-se do gênero, mas a ideia subjacente é a da propriedade corpórea ou domínio — traz a influência marcante de uma sociedade conservadora, patriarcal, rural e subdesenvolvida. O arraigado sentimento de culto às instituições (num estado de repouso permanente), expresso na estabilidade do grupo familiar e, sobretudo, do seu patrimônio, manifesta-se na adoção de institutos obsoletos, que se põem na contramão do princípio da livre circulação dos bens e da ordem econômica das relações privadas: a substituição

³⁹⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque de. Op. cit., p.50.

³⁹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil, *in* Revista de Informação Legislativa – Senado Federal, n. 141, janeiro/março – 1999, p. 104.

³⁹⁶ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 31.

³⁹⁷ *Idem*, pp. 28, 32-34, 37 e 40.

fideicomissária, a possibilidade incondicional de o testador gravar os bens dos herdeiros com cláusula de inalienabilidade e, entre outros, o estreitamento dos limites da ordem da vocação hereditária, para pôr o cônjuge sobrevivente após o chamado dos descendentes e dos ascendentes.³⁹⁸

Conquanto fizesse concessões ao passado e à tradição, a codificação não deixou de realizar a aspiração do sentimento jurídico do Brasil. Sem alhear-se da alma nacional, conciliou as tradições jurídicas do país com a evolução natural do direito moderno.³⁹⁹ Sua noção de sistema se entronca na precedência da Consolidação das Leis Civis, resultante do espírito sistematizador de Teixeira de Freitas e da sua “capacidade de pensar conceitos e concepções dotados do mais alto grau de generalidade e abstração tal como só posteriormente ingressariam no patrimônio jurídico contemporâneo”.⁴⁰⁰

Ainda que o debate sobre o fenômeno das codificações, durante o século XIX, tenha se voltado para o Código Civil francês, como se fora um texto sagrado, e ainda que toda a cultura jurídica ocidental, no mesmo período, haja sido dominada pela exegese daquele código e pelas correntes opostas à codificação,⁴⁰¹ em pontos estruturais a codificação brasileira fugiu a essa teia cultural. A novidade francesa, privatista e consensual, da suficiência do contrato (negócio de disposição) para operar a transferência de direitos reais⁴⁰² não foi aceita pelo Código Civil, que, na linha da tradição romana, consagrada pelo Código Civil alemão (1900), manteve o contrato (*titulus adquirendi*) com efeitos puramente obrigacionais, originando somente a obrigação de transferir o direito, a qual impescinde da prática de um ato jurídico posterior, de um modo de adquirir (*modus acquisitionis*), que opera o efeito translativo.

³⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 17.

³⁹⁹ ALVES, João Luiz. Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil Anotado, 1ª Edição, Rio de Janeiro, F, Briguiet e & Editores-Livreiros, 1917, Introdução, p. XXV.

⁴⁰⁰ COSTA, Judith Martins. O Sistema da Codificação Civil Brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, 1999, p. 197.

⁴⁰¹ LOSANO, Mário G. Os Grandes Sistemas Jurídicos, Editorial Presença (Portugal)/Martins Fontes (Brasil), 1979, p. 44.

⁴⁰² Code Civil – Art. 711: “La propriété des biens s’acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l’effet des obligations.” Art. 1138: “L’Obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à seus risques dès instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n’em ait point été faite, a moins que le débiteur ne soit em demeure de la livrer; auquel cas le chose reste aus risques de ce dernier.”

Criticando com veemência a inovação francesa – à qual aderiu o Código Civil português de 1867 —, Teixeira de Freitas afirma que ela confunde, logo na origem, o direito pessoal com o direito real, confusão para a qual muito contribuiu a doutrina do direito natural, a partir de Hugo Grotius, para quem a entrega da coisa não é necessária pelo direito natural, senão em virtude das leis civis;⁴⁰³ que o direito pessoal é o meio mais comum para se chegar a adquirir o direito real, que se afigura como um produto ou resultado daquele; e que o efeito translativo dos contratos contribui para ofuscar a diferença entre um e outro, distinção sobre a qual repousa todo o sistema do direito civil. Isso equivale — prossegue — a tomar a propriedade somente pelo seu elemento individual, que é a base, com descuido do seu elemento social, como regulador, quando, na realidade, ambos devem ser combinados para que propriedade tenha um caráter orgânico, reflexo das relações orgânicas entre o indivíduo e a sociedade.⁴⁰⁴

Sobre o momento constitutivo da propriedade fundiária, embora o Brasil já conhecesse o registro da Lei 1.237, de 24 de setembro de 1864, regulamentada pelo Decreto 3.453, de 26 de abril de 1865, ele tinha como finalidade precípua servir como veículo de publicidade da garantia hipotecária: os atos de transmissão *inter vivos* dos bens suscetíveis de hipoteca, a título oneroso e a título gratuito, não operavam efeitos em relação a terceiros antes da transcrição. Mas a transcrição, a serviço daquela garantia creditícia, de crucial importância em época na qual a economia se assentava sobretudo na agricultura, não induzia prova de domínio, que ficava a salvo de quem o fosse (art. 8º). O Código Civil é que institui o registro de imóveis como instituição pública, repositório de todos os atos jurídicos alusivos ao domínio dos imóveis, em suas diferentes situações jurídicas.

Ponto culminante do sistema dos contratos sem efeitos reais, a transcrição, modo de adquirir solene, destinado aos imóveis, passa a gerar uma presunção de domínio em prol daquele em cujo nome seja feita, conferindo segurança e certeza à propriedade imóvel. O registro imobiliário passa a expressar, se assim se pode dizer, algo como o estado civil da

⁴⁰³ FREITAS, Teixeira de. Consolidação das Leis Civis, 3ª Edição – 1876, Volume 1, reimpressão fac-similar do Senado Federal, Brasília – maio de 2003, p.CXCI; e Hugo Grotius. O Direito da Guerra e da Paz (*De jure Belli ac Pacis*), 1º Volume, tradução de Ciro Mioranza, Editora Unijui, 2ª Edição, 2005, p.431 [Livro 2, cap. VI, § I] e p.511 [Livro 2, cap.VIII, § XXV].

⁴⁰⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis, 3ª Edição – 1876, Volume 1, reimpressão fac-similar do Senado Federal, Brasília – maio de 2003, Introdução, pp. LXII, CXCI, CXCII.

propriedade fundiária. Garante a ampla publicidade em relação a terceiros e a autenticidade dos atos de transferência imobiliária, operando esse efeito translativo e mantendo, em cada imóvel, de forma sistemática e objetiva, a história sequencial dos seus títulos aquisitivos, de todos os gravames, restrições e circunstâncias outras que eventualmente afetem a situação jurídica do imóvel.

Editado somente em 1916, após mais de um século do *Code Napoléon*, no qual o particularismo feudal — a propriedade feudal, com o seu paralelismo de domínios, transformara-se num instrumento de servilismo e de desvalorização humana — fora substituído por um direito geral dos franceses com base na razão, o Código Civil, conquanto ostente a influência da segunda onda da codificação, o Código Civil alemão (1900),⁴⁰⁵ do qual estava cronologicamente mais aproximado, expressa, da mesma forma, a influência inexorável das ideias que nortearam a codificação napoleônica, a qual, como se consignou, já servira de modelo para os juristas da América Latina na codificação dos seus direitos civis e na qual o direito subjetivo, como expressão do individualismo, alcança possivelmente o seu apogeu no mundo moderno, expresso precisamente no direito de propriedade, em torno do qual gravitam todas as instituições sociais.

A codificação é contemporânea do Estado liberal e, portanto, da afirmação do individualismo jurídico, assegurando amplo espaço para a autonomia privada dos indivíduos — “poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito de direito, de juridicizar a sua actividade (designadamente a actividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos”⁴⁰⁶ —, mormente no campo da iniciativa econômica.

Pelo paradigma jurídico-individualista, a sociedade deve ser compreendida a partir dos indivíduos, incharacterísticos e abstratos, sem os vínculos interindividuais, e não dos grupos. Verdadeiros átomos da sociedade, despidos dos atributos sociais, sem limitações transcendentais, os indivíduos constituem a única finalidade ou mesma fonte das normas

⁴⁰⁵ A engenharia da sua estrutura orgânica — parte geral e parte especial, esta com uma divisão quadripartida das relações civis —, a opção pela manutenção do efeito obrigacional dos acordos, a ideia de registro imobiliário, inspirada na ideia alemã do cadastro imobiliário etc.

⁴⁰⁶ PRATA, Ana. A Tutela Constitucional da Autonomia Privada, Livraria Almedina – Coimbra, p. 11.

jurídicas.⁴⁰⁷ Desaparecem do proscênio — em face dessa reflexão social — as “pessoas concretas, ligadas essencialmente umas às outras por vínculos naturais” e, com elas, a sociedade e os grupos.⁴⁰⁸

Na ambiência desse ideário revolucionário, pelo qual “a iniciativa burguesa liberta-se dos vínculos da economia feudal e torna-se empreendedora ...”,⁴⁰⁹ o Código adota um modelo individualista, absoluto e liberal de propriedade. Ao indivíduo é garantida a liberdade em relação ao Estado, que protege a utilização autônoma da sua propriedade e, sem ser chamado, não interfere no mundo das relações particulares, vivendo a sociedade liberal de livre iniciativa sob o pálio do princípio estrutural (e estruturante) da observância dos contratos, manifestação por excelência da vontade livre dos indivíduos. O perfil de propriedade – ou, mais propriamente, de domínio, propriedade corpórea – passa a ser o modelo napoleônico-pandectístico, individualista e potestativo: “uma noção de propriedade não somente resolvida na apropriação individual mas em uma apropriação de conteúdos particularmente potestativos.”⁴¹⁰

Firmada a ideia de que a verdadeira propriedade consistia mais na vontade apropriativa, numa disposição subjetiva, e menos num uso fático das coisas, estrutura-se a concepção do domínio como afirmação de uma vontade dos sujeitos sobre as coisas. Paralelamente ao cunho abstrato — dimensão puramente subjetiva de gozo abstrato — individualista e liberal, o modelo proprietário passa a ser também absoluto, abarcando todos os usos possíveis da coisa, sem limites extremos, afastando-se, no limite, as ingerências alheias. Propriedade passa a ser “a síntese de todos os poderes que, em abstracto, um sujeito pode exercer sobre as coisas em geral”.⁴¹¹ Propriedade absoluta é a propriedade não compartilhada, liberta dos ônus e da bipartição dominial medieval, que encerra em si todas

⁴⁰⁷ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milênio*, Editora Fundação Boiteaux, 1ª Edição, 2005, pp. 117-118.

⁴⁰⁸ HESPANHA, António Manuel. *Direito Luso-Brasileiro no Antigo Régime*. Editora Fundação Boiteux, Florianópolis, 2005, p. 34.

⁴⁰⁹ LOSANO, Mário G. *Op. cit.*, p. 44.

⁴¹⁰ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e Outros Ensaio*, tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca, Livraria e Editora Renovar Ltda., 2006, pp. 11-12.

⁴¹¹ HESPANHA, António Manuel. *Direito Luso-Brasileiro no Antigo Régime*. Editora Fundação Boiteux, Florianópolis, 2005, p. 84.

as faculdades de ação que o seu titular pode exercer, com seu momento essencial no poder de disposição, até mesmo de forma abusiva, com a destruição do seu objeto.⁴¹²

Ao consagrar o caráter absoluto da propriedade, o Código Civil francês — e, na sua influência, o brasileiro — a define como “o direito de gozar e dispor das coisas da forma mais absoluta, desde que não se faça delas um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos” (art. 544), com isso exprimindo — anota António Manuel Hespanha — “um emblema do conceito moderno (individualista, burguês, capitalista) da propriedade, sobretudo porque nele se costuma destacar o carácter absoluto e pleno dos poderes do proprietário,” embora o termo absoluto (adverte), naquele preceito, não tivesse o sentido típico da concepção liberal da propriedade, como uma autorização para qualquer uso arbitrário e a-social, na medida em que tinha por inspiração, diferentemente, “negar a existência de qualquer direito eminente, feudal ou estadual, que limitasse os poderes do proprietário.” Somente no início do século XIX é que a doutrina jurídica francesa transforma a definição num dos dogmas do liberalismo, colocando-a “no topo da ideologia proprietária ou individualismo possessivo”.⁴¹³

No quadro teórico iluminista de um código bastante em si mesmo, contendo as bases de uma ordem civil fundada na razão (mito da crença no legislador), refratário às questões sociais, a dinâmica da efetividade da propriedade individualista-potestativa, nas suas várias manifestações, opera normalmente por um modelo de incomunicabilidade com outros ramos do direito, especialmente o direito constitucional. As relações jurídicas civis — nelas avultando, pela posição estrutural no sistema, a relação proprietária — são pensadas e praticadas dogmaticamente, abstraídas de uma consciência interdisciplinar.

Sobre ser individualista-potestativa, a relação jurídica proprietária é regida por um paradigma patrimonialista, valendo a advertência de que o termo não se refere ao elemento patrimonial da relação obrigacional. Na visão tradicional, o interesse do credor deve ter sempre caráter patrimonial,⁴¹⁴ devendo ser suscetível de avaliação pecuniária —

⁴¹² *Dominium est jus utendi, fruendi et abutendi re sua quatenus juris ratio patitur.* (Domínio é o direito de usar, fruir e abusar do que é seu, enquanto o permite a razão do direito.)

⁴¹³ HESPANHA, António Manuel. António Manuel. Direito Luso-Brasileiro no Antigo Régime. Editora Fundação Boieteux, Florianópolis, 2005, pp. 86-87.

⁴¹⁴ Afastando-se dessa concepção, o atual Código Civil português estipula que “A prestação não necessita ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de proteção legal.” (art. 398º, 2).

appréciable à prix d'argent. Ainda que assim não o fosse — que o interesse não tivesse natureza econômica —, pelo menos a prestação deveria tê-lo necessariamente, tese que não tem ressonância na moderna civilística,⁴¹⁵ conquanto haja, na obrigação, uma patrimonialidade tendencial. Terão “natureza excepcional as situações em que a obrigação não reveste cariz patrimonial”.⁴¹⁶

O paradigma patrimonialista, diferentemente, tem sua raiz na ideia de que a propriedade constitui um valor necessário à realização da pessoa. Estrutura-se a concepção de propriedade como afirmação de uma vontade dos sujeitos sobre as coisas. A possibilidade de aquisição de bens é tida como um forte componente da liberdade individual, metodologia pela qual todo o direito civil é pensado a partir da propriedade, numa lógica proprietária.

O direito, essencialmente relacional, conduz a que a relação jurídica proprietária (todas elas, em verdade) seja necessariamente intersubjetiva.⁴¹⁷ Na constância do quadro teórico romano e da tradição do direito comum,⁴¹⁸ o universo dos titulares de direito não eram as pessoas, dotadas de identidade física e racional, e sim os *status*, i.é., as condições ou posições que as pessoas ocupavam na ordem da Criação, em face das quais as coisas poderiam ser dotadas de capacidade jurídica.⁴¹⁹ Ultrapassado esse modelo, sob os auspícios do individualismo, vêm a ser identificados os conceitos de ser humano e de pessoa. O sujeito de direito passa a ser necessariamente um ser humano — ou, à sua imagem e semelhança, uma pessoa moral —, não mais se admitindo que uma coisa possa ser dotada

⁴¹⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, volume 1, 10ª Edição, Almedina, pp. 101-105; e LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*, Volume 1, 3ª Edição, Almedina, 2003, pp. 93-96.

⁴¹⁶ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*, Volume 1, 3ª Edição, Almedina, 2003, p. 96.

⁴¹⁷ JÚNIOR. Olímpio Costa. *A Relação Jurídica Obrigacional (situação, relação e obrigação em direito)*, Editora Saraiva, 1994, p. 2.

⁴¹⁸ Designação da doutrina jurídica dos séculos XV, XVI e XVII, que unifica as várias fontes do direito [justinianeus, canônico e direitos locais]; que reúne num único objeto todo o discurso jurídico europeu; e que trata este objeto conforme métodos e estilos comuns de raciocinar, moldados num ensino do direito comum a toda a Europa, divulgados pelo latim — então *lingua universal*. (Cf. António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milênio*, Editora Fundação Boiteaux, 1ª Edição, 2005, p.121.).

⁴¹⁹ HESPANHA, António Manuel. *Direito Luso-Brasileiro no Antigo Régime*. Editora Fundação Boiteaux, Florianópolis, 2005, pp. 41-45.

de capacidade jurídica, nem que, conseqüentemente, possa ter obrigações.⁴²⁰ Noutra salto evolutivo, universalisa-se o conceito de sujeito jurídico, todos podendo — e não somente o *pater familias* romano ou os senhores feudais — firmar contratos e inserir-se no processo produtivo.

Isso não obstante o interesse patrimonial ganha a dianteira. O objeto da relação jurídica proprietária avulta em prestígio e consideração, como manifestação inexorável de poder social. O foco sai da pessoa para centrar-se no objeto da relação jurídica, prevalecendo o patrimônio como valor a ser tutelado pela lei. A pessoa humana, sujeito da titularidade, fica envolta pela dimensão econômica e é considerada em perspectiva apenas operacional, ou instrumental, como polo da relação jurídica, porém reduzida da sua dimensão real.⁴²¹ O homem não é visto como um todo vivo, revestido dos seus atributos sociais, na trajetória da emancipação da sua dignidade humana; é, sim, visto e avaliado socialmente através do patrimônio.

A propósito, e aludindo à codificação civil italiana de 1865, o código da unidade da Itália, porque, abolindo os códigos pré-unitários de cada Estado italiano, selou uma uniformidade política, Pietro Perlingieri anota que o Código Civil, modelado no Código Civil francês de 1804, caracteriza-se por colocar a propriedade privada no centro do ordenamento jurídico, especialmente a propriedade da terra. Na manutenção e no incremento da propriedade — arremata — “é predominantemente inspirada a disciplina da família e das sucessões *mortis causa*; e os contratos são disciplinados como modelo de aquisição da propriedade privada. A categoria do ser é subordinada àquela do ter: quem possui ‘é’”.⁴²²

Se, de um lado, na filosofia política iluminista, a aquisição da propriedade (o domínio sobre as coisas) configura um momento essencial da liberdade individual — ser livre é deter patrimônio e poder dele dispor sem empecilhos —, esse processo,

⁴²⁰ “É portanto, absurdo pensar numa obrigação de uma pessoa em relação a coisas...” “...de outra maneira, teria que conceber um direito a uma coisa como se a coisa tivesse uma obrigação comigo, da qual meu direito contra todo possuidor dela é então derivado, o que constitui uma concepção absurda.” “Aquilo que se designa como um direito a uma coisa é somente o direito que alguém tem contra uma pessoa que está de posse dela em comum com todos os outros (na condição civil).” (Cf. KANT. Immanuel, Op. cit., pp. 105 e 106.)

⁴²¹ LÓBO, Paulo Luiz Netto. Teoria Geral das Obrigações. Editora Saraiva, 2005, p.7.

⁴²² PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional, 2ª Edição, tradução de Maria Cristina De Cicco, Editora Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2002, p. 4.

paradoxalmente, termina por conduzir a pessoa humana, titular do direito, a um processo reducionista de reificação. A tradição patrimonialista do direito civil faz com que a figura da pessoa proprietária salte à frente em inúmeros preceitos do Código Civil, notadamente naqueles que cuidam dos institutos fundamentais no sistema da codificação — a família, a propriedade e o contrato, pilares, os dois últimos, da autonomia privada.

No direito de família, cujas normas, em sua maioria, na afirmação tradicional, têm sentido apenas pessoal, sem conteúdo patrimonial, uma análise mais percuciente revela que também nesse quadrante restou presente, de forma marcante, o ideário liberal que eleva os interesses patrimoniais à condição de premissa de todos os direitos privados. “O elemento patrimonializante marcou a contribuição histórica do liberalismo e do individualismo no âmbito das relações de família, suplantando o elemento religioso, ético e costumeiro”.⁴²³ As pessoas, conquanto inseridas tecnicamente no elemento subjetivo da relação jurídica, funcionam de fato como um apêndice do valor econômico.

Numa rápida amostragem, a proteção jurídica dos filhos se dá mais na proporção dos interesses patrimoniais que titulem ou possam vir a titular, na razão direta dos interesses do patrimônio familiar. Os filhos são escalonados em situações de desigualdade, mormente sucessória: os legítimos e os legitimados têm plenitude sucessória; os naturais reconhecidos na constância do casamento — forma por excelência de constituição da família — herdavam somente a metade do que couber aos legítimos, se com eles concorrerem; aos adotivos, em concorrência com os legítimos, supervenientes à adoção,⁴²⁴ tocava somente metade do que àqueles coubesse; na concorrência, os irmãos unilaterais herdavam somente metade do que coubesse aos bilaterais. Os filhos incestuosos e adulterinos sequer poderiam ser reconhecidos,⁴²⁵ numa injustiça que, nos dizeres de Clovis Bevilacqua, pôs o Código em situação menos liberal do que a legislação filipina.⁴²⁶

Na tutela e curatela, a tônica dos preceitos é voltada menos para a pessoa dos incapazes, merecedores da proteção dos seus representantes legais, centrando-se claramente

⁴²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família, *in* O Direito de Família e a Constituição de 1988, Coordenação de Carlos Alberto Bittar, Editora Saraiva, 1989, p. 63.

⁴²⁴ À época, somente os maiores de cinquenta anos, sem prole legítima ou legitimada, poderiam adotar (art. 368).

⁴²⁵ Cf. Artigos 358, 1.605, *caput* e §§ 1º e 2º; e 1.614.

⁴²⁶ BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil – Comentado. Edição Histórica, Editora Rio, 5ª tiragem, 1980, p. 805.

mais no estatuto da administração dos seus bens, sempre na mira da proteção do patrimônio da família. Na tutela, *v.g.*, os cuidados da lei foram centrados emblematicamente sobre o menor dotado de riqueza, traçando-se uma disciplina essencialmente voltada para a defesa do seu patrimônio, e menos para o menor em si mesmo, como pessoa em formação, sujeito de cuidados especiais relativos à sua educação e formação. Dos quarenta artigos que dispunham sobre a tutela, apenas um (o art. 412) cuidou dos menores sem patrimônio, abandonados, para dizer que teriam tutores nomeados pelo juiz ou seriam recolhidos a estabelecimentos públicos para esse fim destinados.

O tratamento legal do ausente é pensado apenas para o caso de deixar relações jurídicas patrimoniais em andamento que precisem de gestão, e não em relação à sua pessoa ou a outros interesses institucionais. Muitos impedimentos matrimoniais têm em vista, na realidade, os interesses patrimoniais envolvidos: no casamento com infração dos então impedimentos dirimentes privados, impunha-se o regime de separação de bens, não podendo um cônjuge fazer doações ao outro. O viúvo ou a viúva que tivessem filho com o cônjuge falecido não poderiam casar sem fazer o inventário dos bens do casal e dar a partilha aos herdeiros. Se infringissem a norma, perderiam o direito ao usufruto dos bens dos filhos menores.⁴²⁷

No modelo do liberalismo econômico, a propriedade privada e o contrato, pilares fundamentais da economia capitalista, constituem emblemas típicos da tradição patrimonialista da titularidade proprietária, assumindo uma dimensão puramente subjetiva (vontade apropriativa), alheia ao império das coisas. Passa a propriedade a ser um outro nome da liberdade, do poder expansivo da afirmação subjetiva.⁴²⁸

Pelo contrato a propriedade em regra é adquirida e pelo contrato ela se insere no processo produtivo, de forma que a liberdade de contratar passa a ser um corolário da propriedade privada dos bens de produção, propiciando a realização das suas potencialidades.⁴²⁹ “A propriedade e a autonomia contratual são vistas como os dois aspectos essenciais e incidíveis da liberdade humana — liberdade que é, como se sabe,

⁴²⁷ Cf. Artigos 183, XIII, 225 e 226.

⁴²⁸ HESPANHA, António Manuel. *Direito Luso-Brasileiro no Antigo Régime*. Editora Fundação Boieteux, Florianópolis, 2005, pp. 83-84.

⁴²⁹ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 174.

natural e originária do homem — e partilham do caráter inatacável e sagrado dessa liberdade.”⁴³⁰

Opera-se como que uma relação direta entre a expressão social da pessoa e o seu patrimônio, que historicamente se expressa até mesmo nos direitos políticos, pelo voto censitário, deferido às pessoas que dispusessem de uma certa renda líquida anual,⁴³¹ como, v.g., dispunham preceitos expressos da Constituição de 1824.⁴³²

Nas palavras de Cambacérès, no segundo projeto do Code, perante a Convenção de 1794,⁴³³ três coisas são necessárias e suficientes ao homem em sociedade: ser senhor de sua pessoa, ter bens para satisfazer suas necessidades, e poder dispor, por seu exclusivo interesse, de sua pessoa e de seus bens. Todos os direitos civis se reduzem — arremata — aos direitos de liberdade, de propriedade e de contratar.⁴³⁴

2.3 A Ideologia Individualista – a Propriedade como Projeção da Personalidade

Já se aproxima de um truísmo, na ideologia do liberalismo,⁴³⁵ a sentença de que propriedade, elemento essencial da liberdade, é uma projeção da personalidade do homem sobre os bens, ainda que a afirmativa sempre desafie, quando não uma justificativa — mais a cargo dos filósofos do direito —, pelo menos uma explicação racional. O homem livre e senhor dos seus atos realiza a sua liberdade no mundo das coisas materiais, que figuram como uma extensão do domínio sobre si mesmo.

⁴³⁰ PRATA, Ana. Op. cit., p. 147.

⁴³¹ PORTO, Walter Costa. O Voto no Brasil – Da Colônia à 6ª República. Topbooks Editora e Distribuidora de Livros, 2ª Edição, 2002, p. 108.

⁴³² Cr. Artigos 90, 91, V; e 95, I.

⁴³³ PRATA, Ana. Op. cit., pp. 147-148; e CLAVERO, Bartolomé. Les Domaines de la Propriété, 1789 – 1814: Propiedades y Propiedad em el Laboratorio Revolucionario, Università di Firenze, Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Quaderni Fiorentini (per la storia del pensiero giuridico moderno), 27 (1998), Giuffrè Editore Milano, p. 318.

⁴³⁴ “Trois choses sont nécessaires et suffisent à l’homme en société: être maître de sa personne, avoir de biens pour remplir ses besoins; pouvoir disposer pour son plus grande intérêt de sa personne et de ses biens. Tous les droits civils se réduisent donc aux droits de liberté, de propriété et de contracter.”

⁴³⁵ Segundo Ortega y Gasset, caracteriza o liberalismo “uma ideia radical sobre a vida; é crer que cada ser humano deve ser livre para preencher seu individual e intransferível destino.” (Cf. MACEDO, Ubiratan Borges de. Liberalismo e Justiça Social. IBRASA – Instituição Brasileira de Difusão Cultural Ltda., 1995, p. 21.)

Configurar-se-ia, portanto, uma relação direta, quiçá de mão dupla, entre propriedade e personalidade, ambas concebidas como direitos absolutos, em face dos quais a inação indispensável à sua efetividade (obrigação negativa) não induz uma privação por parte daqueles aos quais incumbe o cumprimento, afigurando-se essa inação, diversamente, uma condição necessária ao justo limite dos direitos de todos.⁴³⁶ Na acústica da doutrina clássica, Teixeira de Freitas afirma que:

O direito de propriedade é uma realização do direito de personalidade relativamente aos objectos exteriôres, de que o homem tem necessidade para sua existência e desenvolvimento. Antes dessa realização existe a simples faculdade — liberdade — de unir á personalidade os objectos exteriôres. Ainda não há direito de propriedade. O direito de propriedade começa no momento, em que a união se verifica.⁴³⁷

O trançado estrutural dessa afirmação deixa à mostra pelo menos três componentes teóricos: o individualismo do mundo moderno, que dá primazia ao indivíduo em relação à sociedade e ao grupo, tendo-se em mente que na antiguidade o indivíduo, parte do todo (a sociedade), não tinha afirmação própria, figurando como uma mera abstração em face do grupo, e que, no mundo medieval, o seu reconhecimento ocorria somente em função do grupo (i); a noção de propriedade individual (particular) destacada da propriedade coletiva ou do grupo familiar, como a etapa mais jovem na arqueologia da propriedade (ii); e a noção de direito subjetivo, esteio da técnica jurídica moderna, cuja origem e evolução comporta muitas dissensões e que galvaniza os outros dois componentes e lhes dá eficácia técnica (iii).

No estudo da conexão entre o psiquismo dos povos primitivos e a inexistência da propriedade privada, aponta Hans Kelsen como um fator cultural decisivo dessa constatação a falta de consciência da noção de individualidade, considerada a completa submissão do indivíduo ao grupo, realçando que, em paralelo ao predomínio da tendência

⁴³⁶ FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis, Edição fac-similar do Senado Federal, maio/2003, Introdução, p. LXV.

⁴³⁷ *Idem*, p. LXVI.

emotiva sobre a racional, aparece na psique do homem primitivo uma falta notável de consciência do seu, de toda experiência acabada de individualidade.

Enfatiza, por outro lado, que a noção técnica de propriedade individual, como instituição jurídica, pressupõe, além da condição econômica, uma condição psicológica muito precisa, qual seja, um mínimo de consciência do eu, que não existe num grupo submetido à figura autocrática do chefe. O homem, nesse segmento histórico, não se considera senhor sequer da sua pessoa, não se podendo esperar que cultive a ideia de sujeito titular de direitos, que implica a noção de consciência individual. Se não há consciência individual, não pode haver propriedade privada.⁴³⁸

Na tensão das relações sociais entre o grupo e o indivíduo, o homem começa a se desvencilhar da concepção corporativa da sociedade, filiada à ideia de uma ordem universal, na qual o homens e as coisas eram simples peças de um todo organizado, concepção que encaminhava todas as criaturas para um objetivo último, identificado pelo pensamento cristão com o próprio Criador;⁴³⁹ e assimila “sua capacidade de conhecer por si mesmo os objetos e, assim, dominá-los. Daí decorre a assunção de uma postura de valorização da liberdade pessoal, da autoconfiança, da privacidade e, até mesmo, da autosuficiência.”⁴⁴⁰

Ao assimilar a consciência de que existe, o homem adquire a sensação de superioridade em relação aos objetos do mundo e, sobretudo, da liberdade, base e fundamento do ser.⁴⁴¹ Paradigma moral das sociedades moderna e contemporânea, orientando os seus padrões de conduta, o individualismo exalta o indivíduo e o entroniza no eixo da ordem social, caracterizando-se como “um poder, uma qualidade do indivíduo, com um domínio que este exerce sobre as coisas.”⁴⁴²

⁴³⁸ KELSEN, Hans. *Sociedad y Naturaleza – Una Investigación Sociológica*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945. Tradução da edição original norteamericana *Society and Nature*, por Jaime Perriau, pp. 15,25,29,33 e 445 (nota 80-a).

⁴³⁹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milênio*, Editora Fundação Boiteaux, 1ª Edição, 2005, p.101.

⁴⁴⁰ BRAGATO, Fernanda. Individualismo, in *Dicionário de Filosofia do Direito*, Coordenação de Vicente Paulo Barreto, Editora Usininos – RS e Editora Renovar – RJ, 2006, p. 468.

⁴⁴¹ Descartes, com o “*cogito, ergo sum*”, exprime para o mundo do pensamento, de forma revolucionária e indelével, a superioridade do homem em relação a tudo o que ele pode fazer e pensar, e de cuja razão provém o conhecimento das coisas, dando impulso ao pensamento individualista.

⁴⁴² BRAGATO, Fernanda. Op. cit., p. 470.

A partir dessa revolução, que desliga a sociedade da realidade metafísica, o poder deixa de ser concebido na ordem objetiva das coisas para ser fundado na vontade, que, vencendo a insegurança da ordem natural, edificou a sociedade civil.⁴⁴³ A autonomia da vontade passa a ser o princípio informador dos direitos privados. O homem, considerado naturalmente livre, não se submete a nenhum poder terreno que não o da sua própria vontade, manifestada livremente.

Nessa interconexão teórica se coloca, outrossim, e de forma particularmente visível, a ideia de propriedade individual, na perspectiva do poder de apropriar-se das coisas, historicamente associada à célebre controvérsia teológica da ordem franciscana com o papado, no primeiro quartel do século XIV, em torno da essência do direito de propriedade e do seu efetivo significado em face da pobreza franciscana.

Discutia-se acerca do uso dos bens materiais e do acesso às suas utilidades, pelos religiosos daquela ordem, em face da observância do voto de “não possuir bens”, ao qual estavam submetidos. Um dos autores mais expressivos é Guilherme de Ockham, frade franciscano, cujo nome, de outro lado, é igualmente associado à genealogia do paradigma individualista da sociedade e do poder, ao defender a possibilidade de compreensão da sociedade numa perspectiva dissociada do corpo social como um todo, na qual os homens e as coisas não passam de partes, a partir da concepção do indivíduo, abstrato e geral, não revestido dos atributos sociais.⁴⁴⁴

Se usar e fruir das utilidades dos bens equivalêsse a ser dono — a concepção firme de então identificava o domínio com os variados usos das coisas, sendo o uso e o domínio, portanto, inseparáveis —, seguir-se-ia que os religiosos eram donos de muitos bens, especialmente os consumíveis, o que atentaria contra os votos religiosos!⁴⁴⁵ Em face da polêmica, a percepção de Guilherme de Ockham era a de que tanto a propriedade de bens corpóreos como o exercício da autoridade constituem aspectos de um mesmo poder (*dominium*), compreendido como o conjunto de direitos sobre as coisas e as pessoas. Os bens encontravam-se à disposição de cada um e de todos; mas, como assim não ocorria

⁴⁴³ HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milênio, Editora Fundação Boiteaux, 1ª Edição, 2005, pp. 117-119.

⁴⁴⁴ HESPANHA, António Manuel. Direito Luso-Brasileiro no Antigo Régime. Editora Fundação Boiteux, Florianópolis, 2005, pp. 33-34.

⁴⁴⁵ *Idem*, pp. 79-83.

entre os homens, em face das dissensões provenientes do pecado — o uso dos bens, de forma comum, converteu-se em pomo de discórdia —, a apropriação individual, imprescindível à convivência pacífica, evoluiu para um preceito de direito positivo que obriga moralmente os homens sempre que for necessário.⁴⁴⁶

Na concepção ockhamiana, o poder de apropriar-se dos bens, como domínio próprio, em caráter particular, que ingressou no mundo de forma contingencial — em face da discórdia dos homens em torno do acesso aos bens comuns existentes na natureza —, e que pertence à ordem civil, não elimina aquela forma de apropriação consubstanciada apenas no uso (e mesmo no consumo), ditada pela lei natural. Firma-se, então, a separação entre os conceitos de uso — os frades poderiam fazer uso dos bens materiais da Ordem sem atentar contra os votos de pobreza — e o de propriedade, podendo conseqüentemente haver uso sem propriedade.⁴⁴⁷ No impulso da polêmica teológica, surge a ideia de que “o verdadeiro domínio não consistiria num uso fáctico, material, das coisas, mas antes numa disposição subjetiva”.⁴⁴⁸

Em bula de 1323, João XXII, para o qual até mesmo no paraíso existe propriedade particular, afirmou que a propriedade (*dominium*) do homem sobre as suas posses não difere da propriedade assegurada por Deus sobre o universo, que Ele legou ao homem criado à Sua imagem e semelhança, sendo, portanto, um direito natural que antecede à lei humana.⁴⁴⁹ Triunfaram os franciscanos “conventuais”, que defendiam a manutenção das propriedades adquiridas pela Ordem, em face dos “espirituais”, que defendiam a renúncia às posses, para que, em face do voto de pobreza, pudessem viver o evangelho.

O terceiro componente teórico é a noção de direito subjetivo, uma das ferramentas centrais da dogmática jurídica, cuja face moderna de maior acústica jurídica e visibilidade social se expressa no direito de propriedade, nos vários regimes legais que a dinâmica do capitalismo impõe ao conceito – propriedade comercial, propriedade industrial, propriedade intelectual, propriedade empresarial etc. Ressalta a doutrina moderna que o conceito

⁴⁴⁶ DE BONI, Luiz Alberto. Ockham Guilherme, 1285 (90) – 1347, in *Dicionário de Filosofia do Direito*, Coordenação de Vicente Paulo Barreto, Editora Usininos – RS e Editora Renovar – RJ, 2006, pp. 615-616.

⁴⁴⁷ *Idem*, p. 616.

⁴⁴⁸ HESPANHA, António Manuel. *Direito Luso-Brasileiro no Antigo Régime*. Editora Fundação Boieteux, Florianópolis, 2005, p. 83.

⁴⁴⁹ PIPES, Richard. *Op. cit.*, p. 38.

unitário de propriedade, tributário da noção clássica de propriedade fundiária, cede espaço “à ideia de que não existe uma única propriedade, mas múltiplas propriedades, isto é, múltiplos regimes de propriedade em cada ordenamento jurídico”.⁴⁵⁰

Alude-se mesmo a uma multiplicidade da propriedade que, deixando de ser uma instituição única, seria “o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens,”⁴⁵¹ se bem que, vistas as coisas com maior aproximação, todas essas manifestações proprietárias talvez não passem de uma manifestação da ductibilidade, da plasticidade do conceito de propriedade, sem prejuízo da sua unidade conceitual. Já foi dito, em passo anterior — a lição é de Castan Tobeñas —,⁴⁵² que o conceito de propriedade, de sentido predominantemente objetivo, tem natureza econômico-jurídica e expressa uma relação de pertinência entre a coisa e a pessoa, sendo mais amplo que o de domínio — de sentido predominantemente subjetivo, que implica o poder, a dominação que sobre a coisa tem o titular —, posto que abarca também os bens incorpóreos.

No embrião da noção de direito subjetivo, da mesma forma, avulta o nome de Guilherme de Ockham — e de outros integrantes da escolástica tardia —, no desdobramento do ideário da polêmica em torno do voto de pobreza, que na realidade buscava, em face daquele compromisso religioso, definir o que fosse a essência do direito de propriedade. Sustenta Ockham, opondo-se a Tomás de Aquino (entre outros liminares da alta escolástica), a respeito dos “universais”,⁴⁵³ que na realidade existem apenas indivíduos; não essências comuns às coisas.

⁴⁵⁰ PRATA, Ana. Op. cit., p. 186.

⁴⁵¹ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 236.

⁴⁵² TOBEÑAS, Jose Castan. Derecho Civil Español Comum y Foral, 10ª Edição, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1964, II, pp. 64-65.

⁴⁵³ Segundo a querela filosófica, os “universais” eram os atributos ou qualidades que predicam do indivíduo — gênero, espécie, qualificações (*pater familias* v.g.) classes de seres (ser plebeu v.g.) —, que informam as relações sociais nas quais estão integrados e por força das quais se inserem no grupo. O corpo social é a “universitas” e os homens, mesmo seres vivos, não são mais do que partes do todo. Ockham nega àqueles atributos, reducionistas da condição humana, a natureza de essência, afirmando que se trata apenas de “nomes” (e daí a expressão “nominalista”), exteriores à essência e que podem ser deixados de lado na consideração desta, do que surge à consideração o indivíduo, abstrato e geral, fora da expressão do grupo social, que não pode ser coisificado. (Cf. HESPANHA, António Manuel. Direito Luso-Brasileiro no Antigo Régime. Editora Fundação Boieteux, Florianópolis, 2005, pp. 33-35; e DUMONT, Louis. O Individualismo – Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Tradução de Álvaro Cabral, Editora Rocco Ltda., Rio de Janeiro, 1985, pp. 76-77.)

Em conformidade (evolutiva) com esse ideário, não podem ser admitidas conclusões normativas de uma ordem ideal das coisas (dos “universais”). A lei deixa de ser uma expressão da ordem que o espírito humano descobre na natureza, uma ideia normativa da natureza, para ser entendida como a expressão do poder e da vontade do legislador; e o direito, por sua vez, deixa de ser uma relação justa entre seres sociais para tornar-se o reconhecimento social do poder do indivíduo. A natureza não produz senão indivíduos distintos e livres, cujas liberdades — seus atributos primários — são modeladas pela lei e pela convenção, que as fazem direitos subjetivos.⁴⁵⁴ Os atributos “universais” das pessoas impediam a manifestação da individualidade. Ockham, um “nominalista”,⁴⁵⁵ que não era um jurista, passa de forma indireta a ser tido como o fundador da teoria subjetiva do direito⁴⁵⁶ na linha voluntarista, como o poder da vontade reconhecido pela ordem jurídica, doutrina que fornece a base de todo o direito civil.

Na escala evolutiva da noção moderna de direito subjetivo, a etapa mais tradicional era de extração jusracionalista: “Os direitos, atribuídos pela natureza a cada homem, de dar livre curso aos seus impulsos instintivos e racionais”, ligados, portanto, “... à personalidade, à sua defesa, à sua conservação, ao seu desenvolvimento.”⁴⁵⁷ Eram os direitos inatos, naturais, nascidos no Estado de natureza, porém recebidos pela sociedade civil através do contrato social, tendo sua fonte, portanto, numa ordem objetiva – antes da natureza, agora da sociedade.

Ao analisar as origens da noção de direito subjetivo, detendo-se na descrição de Hugo Grotius, em o *Direito da Guerra e da Paz* (início do século XVII), quando afirma que “direito é um qualidade moral que habilita uma pessoa a ter ou a fazer alguma coisa com legitimidade” (*Jus est qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum*), Michel Villey objeta que ela não expressa uma definição clara e precisa —

⁴⁵⁴ VILLEY, Michel. Les origines de la notion de droit subjectif. Archives de Philosophie du Droit – Déontologie et Discipline Professionnelle, Éditions du Recueil Sirey, Paris, 1953-1954, p. 183.

⁴⁵⁵ Isto é, “na realidade extramental, só existem seres singulares, entendendo-se como singular aquilo que é numericamente um só e não muitos e que não possui a capacidade de ser signo de muitos”. (Cf. DE BONI, Luiz Alberto. Ockham Guilherme, 1285 (90) – 1347, in Dicionário de Filosofia do Direito, Coordenação de Vicente Paulo Barreto, Editora Usininos – RS e Editora Renovar – RJ, 2006, p. 615.)

⁴⁵⁶ DUMONT, Louis. O Individualismo – Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Tradução de Álvaro Cabral, Editora Rocco Ltda., Rio de Janeiro, 1985, pp. 78-79; e SKINNER, Quentin. As Fundações do Pensamento Político Moderno, Companhia das Letras, 2003, p. 452.

⁴⁵⁷ HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milênio, Editora Fundação Boiteaux, 1ª Edição, 2005, p. 306.

Grotius dera à palavra *jus* um sentido excessivamente amplo; e, por outro lado, um direito é sempre uma contrapartida de uma obrigação —, mas que ganhou celebridade por dois séculos e constituiu a inspiração de toda escola de direito natural.⁴⁵⁸

A concepção de Ockham, ao permitir o deslocamento do fundamento do direito subjetivo para o poder da vontade, “dá uma volta completa à própria noção de ‘direito natural’, equiparando-o, num sentido, a direito estabelecido (posto) por Deus nas Escrituras (...); e noutro, às consequências que decorrem racionalmente de uma convenção (i.é., de um acordo de vontades) entre os homens ou de uma regra jurídica positiva ...”⁴⁵⁹

É notável que uma polémica de natureza teológica, em princípio circunscrita a um aspecto localizado da vida das ordens religiosas medievais, tenha (paradoxalmente) levado a causar consequências tão profundas e indeléveis para o discurso dos homens com as coisas e na respectiva regulamentação jurídica ao longo dos séculos, levando à concepção de domínio como “afirmação de uma vontade dos sujeitos sobre as coisas,”⁴⁶⁰ em cuja raiz está a ideia do homem livre e senhor de si mesmo, das suas ações, cuja liberdade se realiza pela projeção no mundo exterior dos bens. “O domínio sobre as coisas aparece como um prolongamento do domínio sobre si próprio, o *ter* torna-se num mero acto de vontade do sujeito que se afirma como dono de uma coisa, a propriedade é um outro nome da liberdade, desse poder expansivo da afirmação subjetiva.”⁴⁶¹

A relação compartilhada entre o homem e as coisas materiais, mesmo submetida a reformulações teóricas — para ser vista a propriedade, *v.g.*, como um momento essencial da liberdade individual —, não deixa de trair um componente “ancestral” das sociedades primitivas, nas suas relações com os bens pessoais, geralmente feitos manualmente e utilizados pessoalmente pelo dono — roupas, mitos, armas, ferramentas —, tratados como extensão da sua pessoa, algo assimilado ao ego, e queimados ou enterrados com o defunto.⁴⁶²

⁴⁵⁸ VILLEY, Michel. Les origines de la notion de droit subjectif. Archives de Philosophie du Droit – Déontologie et Discipline Professionnelle, Éditions du Recueil Sirey, Paris, 1953-1954, pp. 163-164.

⁴⁵⁹ HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio, Editora Fundação Boiteaux, 1ª Edição, 2005, p. 311.

⁴⁶⁰ HESPANHA, António Manuel. Direito Luso-Brasileiro no Antigo Régime. Editora Fundação Boiteux, Florianópolis, 2005, p. 83.

⁴⁶¹ *Idem*, p. 84.

⁴⁶² PIPES, Richard. Op. cit., p. 106.

Ao tornar-se hegemônica na Europa ocidental, no século XVII, a ideia normativa de natureza — existiria uma lei da natureza que é racional, imutável e transcendente às leis positivas —, da qual um dos aspectos residia na inviolabilidade da propriedade privada, o conceito de propriedade experimenta um giro revolucionário, para abranger no seu objeto não somente os bens materiais, as posses físicas das pessoas, conforme o recorte clássico, mas também tudo o que por direito natural o indivíduo pudesse reivindicar como seu, numa derivação do conceito medieval do *suum*⁴⁶³ — tudo aquilo que fosse imanente ao homem como tal, envolvendo também o direito a vida e à liberdade, numa zona de exclusão da autoridade do Estado.⁴⁶⁴ Têm papel coadjuvante — se não decisivo — nessa mutação as lutas então travadas pelo parlamento contra a coroa britânica, notadamente em derredor da cobrança de impostos sem o consentimento do parlamento.

A noção de propriedade envolvendo a vida e a liberdade é enriquecida com a noção de coisas inalienáveis, aquelas que, pertencendo tão essencialmente a um homem, não poderiam pertencer a outro, como a vida, a liberdade, a honra, a integridade física, como características da personalidade, abençoadas pela lei da natureza. A liberdade é entendida como uma “propriedade” inalienável, perspectiva na qual Hugo Grotius negava às pessoas o direito de abrir mão da sua liberdade, para se colocar em regime de servidão.⁴⁶⁵

Essa ideia, no ambiente político inglês do século XVII, de conflitos entre o parlamento e a coroa, levou a que se falasse em direito inato, referindo-se ao patrimônio — que não poderia ser tributado sem representação —, que poderia ser reivindicado pelo homem, pelo fato de ter nascido numa família (direito de herança) e, por extensão, pelo fato de ser humano. Nesse ambiente, de nascimento das ideias modernas de liberdade, a propriedade passa a ser considerada como tudo aquilo que é próprio, “a soma total dos direitos às posses, assim como os direitos pessoais dos quais o homem é dotado pela natureza e dos quais não pode ser privado exceto com o seu consentimento”;⁴⁶⁶ e, ainda

⁴⁶³ *Suus*, a, um: próprio; que pertence como propriedade particular. Na observação de Michel Villey, citando Jean de Felde, o que os juristas romanos (que opunham *dominium a jus*) chamavam de *suum* (uma faculdade), Hugo Grotius declara que passa a chamar de *jus* no sentido estrito, o que não estaria correto, pois os antigos tinham a liberdade como uma faculdade, mas nunca fizeram dela um *jus* – um poder (de exigir). Teria Grotius, portanto, dado ao termo *jus* um sentido excessivamente amplo. (Cf. Op. cit., p. 165.)

⁴⁶⁴ PIPES, Richard. Op. cit., p. 140.

⁴⁶⁵ *Idem*, p. 52.

⁴⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 147.

assim, nem sempre: a pessoa, *v.g.*, não tinha o direito (porque inalienável) de abdicar da sua liberdade para tornar-se escravo.

A análise da propriedade como um forte componente (essencial) da liberdade leva necessariamente ao pensamento de *Hegel*, segundo o qual “deve a pessoa dar-se um domínio exterior para a sua liberdade a fim de existir como ideia.”⁴⁶⁷ O homem tem o direito de situar a sua vontade em qualquer coisa. “Esta torna-se, então, e adquire-a como fim substancial (que em si mesmo não possui), como destino e como alma, a minha vontade”.⁴⁶⁸

Na concepção hegeliana, a vontade pessoal (individual) torna-se objetiva na propriedade, que adquire o caráter de propriedade privada. “Na existência imediata que nele se manifesta, o homem é um ser natural, exterior ao seu conceito; só pela plenitude do seu corpo e do seu espírito, pela conscientização de si como livre, é que o homem entra na posse de si e se torna a propriedade de si mesmo por oposição a outrem.”⁴⁶⁹ A possessão — o ato corporal e imediato de apropriar-se — é, na extensão conceitual, a realização material daquilo que o homem é por conceito; é, noutros termos, ato que pelo qual ao homem é dado como seu e como objeto, com forma exterior, separado da consciência.

A beleza plástica das sentenças hegelianas é deveras impactante, mas elas podem ser vistas além do argumento de autoridade e mesmo da sonoridade do plano descritivo, em face dos quais podem prestar-se a vários matizes de entendimento, tendo-se em conta que a vida do homem, ser puramente biológico ou pessoa humana, dotada de dignidade, reclama sempre o concurso dos bens materiais, em menor ou maior extensão, numa ou noutra visão política, em perspectivas pessoais variadas de realização, mas sempre como um atributo necessário. Além dessas dimensões, e na impossibilidade de testar as afirmativas, resta o desafio da busca de um sentido concreto mais definido.

Ao tratar das conexões de diferentes tipos e intensidades entre propriedade e personalidade, Stephen Munzer anota que ainda está por ser explorada a proeminente característica da teoria de Hegel, chamando a atenção para a necessidade de ter o analista

⁴⁶⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2003, tradução de Orlando Vitorino, p. 44.

⁴⁶⁸ *Idem*, p. 46.

⁴⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 55.

em mente o real significado de personalidade, expressão que — afirma — tem três diferentes significados: personalidade como personificação moral e política (i); personalidade como consciência das características individuais (ii); e personalidade na concepção psicológica, como estrutura que determina os pensamentos e ações dos indivíduos para com o mundo, ou como integração voluntária entre as atitudes e os pensamentos do indivíduo (iii).⁴⁷⁰

Na segunda acepção, enfatiza que a personalidade não se faz indispensável à consciência individual. Ter mais ou menos propriedade não faria aumentar, em nenhuma proporção, o grau de autoconhecimento das características individuais, sem falar que o indivíduo pré-histórico, ao começar a ter conhecimento próprio (sentir dor ou cansaço, v.g.), não tinha propriedade privada; e que, numa concepção de ausência de propriedade privada, onde todas as coisas fossem de uso coletivo, nada impediria que a sociedade estimulasse o desenvolvimento pessoal das pessoas.⁴⁷¹

Na terceira acepção — personalidade na concepção psicológica, como estrutura que determina os pensamentos e ações dos indivíduos para com o mundo, ou como integração voluntária entre as atitudes e os pensamentos do indivíduo —, ressalta que a conexão também não se mostra a salvo de refutação, a não ser e provavelmente em relação à propriedade de artigos de uso pessoal exclusivo. Mesmo que as pessoas precisem da propriedade para a sua integração, isso pode ocorrer sem titularidade patrimonial, como sucede, v.g., com os monges que fazem voto de pobreza, sem perder a personalidade; ou com as crianças, que se integram e se desenvolvem em estruturas patrimoniais que não lhes pertencem. A mais disso, as pessoas são diferentes, não sendo seguro afirmar que todos os indivíduos, em quaisquer sociedades, precisem de propriedade para ter ou para desenvolver personalidade.⁴⁷²

Na primeira significação — personalidade como personificação moral e política —, que afiança ser a noção de personalidade de Hegel, afirma Munzer que a propriedade parece também não ser necessária para a personalidade. É que, sendo a propriedade um tipo de direito político e moral, e existindo outros direitos políticos e morais, quais, por

⁴⁷⁰ MUNZER. Stephen R. Op. cit., Property and Personality, pp. 81-84.

⁴⁷¹ *Idem*, pp. 82-83.

⁴⁷² *Idem, ibidem*, pp. 83-85.

exemplo, o direito de votar ou o direito de ser libertado da prisão arbitrária, seguir-se-ia que, tendo as pessoas acesso a esses direitos, teriam alcançado a personificação moral e política, mesmo não tendo o direito de propriedade.

De toda forma, admite que em dois aspectos a propriedade possa ser conducente à personalidade, no sentido hegeliano, de personificação individualista, desde que não tenha, ao mesmo tempo, impacto adverso nos direitos de terceiros: num primeiro aspecto, para que alguém reclame uma coisa como própria, é indispensável que o reclamante possa ter esse direito, isto é, que seja uma entidade detentora da condição de agente moral e político, havendo, portanto, uma conexão direta entre as duas situações; em um segundo aspecto, os direitos de propriedade podem assegurar outros direitos, como os direitos políticos e morais; ou, pelo menos, desempenhar um papel protetor desses direitos, se bem que — e daí a condição negativa referida —, se os dois aspectos implicarem efeito adverso em outros direitos, de terceiros ou dos próprios titulares proprietários, o direito de propriedade terá tido, paradoxalmente, o efeito de retardar a personificação moral e política.⁴⁷³

Essas tematizações evidenciam que efetivamente ainda estão para ser exploradas as conexões de diferentes tipos e intensidades entre propriedade e personalidade, ainda que pareça inconcusso, numa perspectiva descritiva do observador e num quadro teórico no qual o sujeito de direito passa a ser necessariamente um ser humano, que a titularidade de uma patrimonialidade implique necessariamente um sujeito personificado; e, nas dobras dessa ilação — visto o domínio sobre as coisas como um prolongamento do domínio do homem, livre e senhor de suas ações, sobre si mesmo —, que a propriedade, no figurino liberal-individualista, passe a ser compreendida como um componente essencial da liberdade — projeção da personalidade.

De tão familiar que soa a afirmativa no mundo do liberalismo individualista, os autores já não evoluem na sua justificação filosófica, contentando-se com o plano descritivo, quem sabe na premissa de que os seus postulados já fazem parte da concepção comum do seu tempo; ou de que, estando a sentença consolidada na ideologia jurídica do

⁴⁷³ *Idem, ibidem*, pp. 81-82.

liberalismo, a explicação dos seus postulados fundamentais constitua uma tarefa da qual julgam-se dispensados os juristas, dela se encarregando os filósofos do direito.⁴⁷⁴

Na perspectiva da afirmação da liberdade, a propriedade, esteio central da Revolução Francesa, a despeito da sua consagração emancipadora pelos revolucionários de 1789,⁴⁷⁵ não se faz refratária a mutações, às vezes detrimntosas da pessoa humana, numa espécie de antítese perversa daquela tese emancipadora, a exemplo do já referido patrimonialismo da relação jurídica civil, que conduz a pessoa, sujeito ativo da titularidade proprietária, a uma dimensão predominantemente reificante.

Vem a pelo, portanto, menos a propriedade como expressão da liberdade individual e mais a propriedade como emancipação das coisas, como manifestação de domínio sem relação direta com a liberdade pessoal. A potência dominical do direito de propriedade, nessa perspectiva, manifesta-se, *v.g.*, na acessão artificial da apropriação do produto do trabalho alheio — no contrato de locação ou arrendamento de um imóvel, *exempli gratia* —, como um elemento intrínseco da propriedade, direito expansivo de apropriação sem relação com as liberdades individuais. A propriedade afigura-se mais como um mecanismo de liberdade das coisas do que das pessoas.⁴⁷⁶

Na análise da propriedade na perspectiva de modelos conceituais social e politicamente adequados, Luhmann afirma que a concepção hegeliana, se levada a sério, seria o ponto de partida de uma reestruturação radical da distribuição da propriedade sob o modelo comunista, aspecto reconhecido pelo próprio Hegel, que dele se pôs a salvo. Adverte, também, que a função clássica usual da propriedade, de servir à liberdade e à autorealização do indivíduo, tem sido radicalmente mudada na sociedade civil moderna, na qual o processo de autonomização da economia converteu o dinheiro em símbolo universal da comunicação econômica; e, por fim, que, nessa dinâmica, o dinheiro já não pode ser

⁴⁷⁴ VILLEY, Michel. Les origines de la notion de droit subjectif. Archives de Philosophie du Droit – Déontologie et Discipline Professionnelle, Éditions du Recueil Sirey, Paris, 1953-1954, p. 174.

⁴⁷⁵ O preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, coloca a propriedade entre os direitos “naturais, inalienáveis e sagrados” do homem, ao lado liberdade, da segurança e da resistência à opressão, estabelecendo que a sua conservação constitui a finalidade de toda associação política (art. 2º).

⁴⁷⁶ CLAVERO, Bartolomé. Les Domaines de la Propriété, 1789-1814: Propiedades y Propiedad em el Laboratorio Revolucionario, Università di Firenze, Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Quaderni Fiorentini (per la storia del pensiero giuridico moderno), 27 (1998), Giuffrè Editore Milano, pp. 325 e 355.

interpretado como os demais ativos econômicos, partindo da propriedade, e sim como a própria fonte de interpretação da propriedade.⁴⁷⁷

A função esquematizadora da economia — prossegue — é cumprida pela propriedade, mediante a qual todos os processos de comunicação economicamente relevantes ficam submetidos a uma estrutura binária ter/não-ter. Nesse esquematismo binário da economia, a propriedade de um é sempre, e na mesma medida, a não propriedade dos outros, pelo que propõe um conceito mais abstrato para expressar o binômio propriedade/não propriedade, tendo em vista que as relações recíprocas da economia pressupõem tanto os proprietários quanto os não proprietários, o que conduziria a injustiça da propriedade a um conceito social e politicamente adequado.⁴⁷⁸

2.4 A Propriedade na Tradição Liberal – Direito Fundamental de Defesa

O fim do Estado liberal é a liberdade individual. O Estado “é tanto mais perfeito quanto mais permite e garante a todos o desenvolvimento da liberdade individual”.⁴⁷⁹ Não tendo o Estado, nessa concepção, fins próprios, pois os seus fins coincidem com os fins múltiplos dos indivíduos, não lhe incumbe estabelecer o que fazem os cidadãos. Deve, sim, garantir para cada um uma esfera de liberdade na qual cada um possa desenvolver as suas habilidades e talentos. Não compete ao Estado, por outro lado, promover o bem-estar social, e sim remover os obstáculos que se colocam para que cada indivíduo busque o seu bem-estar, pelas suas próprias capacidades e meios.⁴⁸⁰

Constitui elaboração do jusnaturalismo moderno a ideia de que o homem tem direitos por natureza, enquanto homem, direitos inalienáveis e que ninguém — nem ele próprio — lhe pode subtrair, concepção que remonta ao Estado de natureza e que ecoa nas palavras iniciais da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, segundo a qual “os

⁴⁷⁷ LUHMANN, Niclas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, tradução de Ignacio de Otto Pardo, pp. 118-119.

⁴⁷⁸ *Idem*, pp. 122 e 133-134.

⁴⁷⁹ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, 2ª Edição, Editora Universidade de Brasília (tradução de Alfredo Fait), p. 132.

⁴⁸⁰ *Idem*, p. 133.

homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”, somente podendo as distinções sociais fundar-se na utilidade comum.

A ideia expressa uma teoria filosófica, uma concepção ideal e, como tal, admissível, conquanto na realidade os homens não nasçam livres nem iguais em direitos: desigualdades de nascimento e de direitos, de todos os matizes, inundam o panorama do mundo de hoje e de ontem. Em outros termos, a ideia é a de que os homens são livres e iguais por natureza, e que a liberdade e a igualdade constituem ideais a conquistar; não realidades ínsitas ao homem em sua dimensão concreta.⁴⁸¹ “O homem nasceu livre, e por toda parte geme aguilhoado; o que julga ser senhor dos demais é de todos o maior escravo”.⁴⁸²

Anota Vieira de Andrade que os direitos fundamentais triunfaram politicamente com as revoluções liberais, nos fins do século XVIII, aparecendo, em razão disso, basicamente como liberdades, ou seja, “como esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado, a quem se exige que se abstenha, quanto possível, de se intrometer na vida económica e social, como na vida pessoal”.⁴⁸³

A propriedade, nesse quadro — prossegue —, afigura-se muito mais do que um conteúdo de um direito fundamental, para manifestar-se como uma condição objetiva e uma garantia de liberdade, em cuja retaguarda está a segurança como um pressuposto da liberdade. O Estado não pode se imiscuir na vida de cada um, mas tem de existir para o desempenho de suas funções básicas, de garantia da defesa e da segurança da nação e dos cidadãos.

Liberdade, segurança e propriedade constituem o lema da construção liberal da sociedade política. Os direitos fundamentais são vistos, em primeiro, como liberdades, incumbindo aos seus titulares a determinação dos seus conteúdos; e, em segundo, como garantias, para que seja assegurada, em termos institucionais, a não intervenção dos poderes públicos. Assim se situa a propriedade como direito de defesa dos indivíduos em face do Estado.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Editora Campos (tradução de Carlos Nelson Coutinho), 1992, p. 29.

⁴⁸² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*, Editora Martin Claret, 2001, p. 23.

⁴⁸³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 51.

⁴⁸⁴ *Idem*, pp. 52-53.

A moldura sóciopolítica é a do liberalismo, ideologia⁴⁸⁵ da modernidade, que pressupõe o indivíduo como ponto de partida, porém como um “homem abstrato e, como tal, subtraído ao fluxo da história, a um homem essencial e eterno, de cuja contemplação derivaríamos o conhecimento infalível dos seus direitos e deveres”.⁴⁸⁶ O poder público, nessa rede ideológica, conquanto onipotente e detentor do monopólio da força, limita-se a si mesmo e deixa, ainda que à própria custa, um espaço de não interferência no qual vivem os que nem pensam nem sentem como ele (o Estado), ou seja, como os mais fortes, a maioria.⁴⁸⁷

A engenharia da ideia da propriedade — e de outros direitos como a liberdade, a segurança e a resistência à opressão — tem premissa, com o início da era moderna, na concepção individualista da sociedade, sucessora da ideia corporativa (uma ordem universal continente dos homens e das pessoas), pela qual a sociedade constitui um todo e paira acima das partes.⁴⁸⁸ Em face do Estado e fazendo uso da terminologia de Georg Jellinek, o indivíduo, na perspectiva dos seus deveres individuais, encontra-se num estado passivo (*status subjectionis*), do qual fica excluída a autodeterminação e, por consequência, a personalidade. O reconhecimento do indivíduo como pessoa constitui o fundamento de todas as relações jurídicas.⁴⁸⁹

Constitui característica marcante da formação do Estado moderno, no entorno do ideário do individualismo, a inversão de polos na relação entre o Estado e os cidadãos, em

⁴⁸⁵ Ideologia no sentido de “crenças e valores, utilizados politicamente para influir no comportamento popular, orientando-o em certa direção, seja com o propósito de obter consenso ou de justificar o poder.” (Cf. FAORO, Raymundo. A aventura liberal numa ordem patrimonialista. Revista USP (Dossiê Liberalismo/Neoliberalismo), n. 17, p. 27.) Dentro da gama de significados do termo ideologia, alude-se a duas tendências gerais: o significado “fraco”, conceito neutro, predominante na sociologia política contemporânea, como “um conjunto de ideias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos; e o significado “forte”, conceito negativo, de inspiração marxista, a expressar uma crença falsa, uma “falsa consciência das relações de domínio entre as classes.” (Cf. STOPPINO, Mario. Ideologia, in Dicionário de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Editora UnB, 10ª Edição, p. 585.)

⁴⁸⁶ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Editora Campos (tradução de Carlos Nelson Coutinho), 1992, p. 32.

⁴⁸⁷ MACEDO, Ubiratan Borges de. Liberalismo e Justiça Social. IBRASA – Instituição Brasileira de Difusão Cultural Ltda., 1995, p.22 (citando Ortega y Gasset, in Rebelión de las Masas).

⁴⁸⁸ HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milênio, Editora Fundação Boiteaux, 1ª Edição, 2005, p. 101.

⁴⁸⁹ JELLINEK, Georg. Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi (traduzione italiana riveduta dall'autore sulla seconda edizione tedesca), Società Editrice Libreria, 1912, p. 96; e Teoria General del Estado – tradução de Fernando de Los Rios, Editorial Albatros, Buenos Aires, Republica Argentina, 1981, p. 313.

favor dos quais — em desfavor do Estado — a prioridade ocorre em escala crescente. Na relação política, o indivíduo singular deixa de ser um objeto de poder, um mero sujeito passivo, destinatário de deveres em face do soberano.⁴⁹⁰ O indivíduo abstrato passa ao homem concreto, da condição de súdito para a condição de cidadão e, como tal, a ter direitos em face do Estado, tendo este, por outro lado, o dever precípua de velar pela não-ingerência do *imperium* em espaços demarcados da liberdade dos indivíduos.

Àquele estado passivo típico de uma sociedade organicista sucede, na escala das diferentes posições jurídicas em face do Estado, e ainda na terminologia de Georg Jellinek,⁴⁹¹ um estado negativo (*status libertatis*), que pressupõe limitações na capacidade de agir da sociedade política e em virtude do qual o homem, dotado de personalidade, conquista um espaço de liberdade em relação ao Estado, do qual desaparecem os regramentos estatais que lesionam a liberdade. Nessa cidadela de liberdade, o indivíduo é o senhor absoluto e aí busca e realiza os seus fins individuais. Isso pressupõe que o Estado e as pessoas constituem realidades distintas que se implicam reciprocamente.⁴⁹²

Nessa dialética de profundas raízes filosófico-políticas é que surgem os modernos direitos fundamentais de defesa, ou liberdades negativas, em cujos domínios é interdito (por definição) o ingresso e interferência do Estado, exceto naturalmente em ordem a propiciar os meios, o aparato burocrático-funcional indispensável à sua eficácia. “São inspirados de uma lógica fundada na garantia e constituem a declaração jurídica básica do Estado liberal.”⁴⁹³

Na proscrição desses direitos fundamentais desponta, altaneira, a propriedade. Cuida-se da propriedade no singular, atributo da personalidade individual, concebida, gestada e dada à luz pelo ideário da Revolução Francesa — catalogada como direito natural e imprescritível pelo art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789,

⁴⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Editora Campos (tradução de Carlos Nelson Coutinho), 1992, pp. 2-3 e 57-61.

⁴⁹¹ Em quatro estados — passivo (prestações ao Estado), negativo (liberdade em face do Estado), positivo (pretensões em relação ao Estado) e ativo (prestações por conta do Estado) —, formando uma linha ascendente, se resumem as posições que detém o indivíduo em face do Estado. (Cf. JELLINEK, Georg. *Op. cit.*, p.98.)

⁴⁹² JELLINEK, Georg. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbietivi* (traduzione italiana riveduta dall'autore sulla seconda edizione tedesca), Società Editrice Libreria, 1912, p. 97.

⁴⁹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*, Editora Revista dos Tribunais (tradução de Vera Maria Jacob de Fradera), 1998, p. 153.

primeira manifestação constitucional da revolução —, cuja maioria foi alcançada em 1804, com o Code Napoléon, que garantiu não somente o direito mas também o estado da propriedade resultante de revolução.⁴⁹⁴

A concepção revolucionária é que a propriedade há de ser livre como são livres as pessoas, ao que se segue ser a integridade (intangibilidade) da propriedade uma extensão da integridade das pessoas. Na França revolucionária, o território, em toda a sua extensão — o protótipo é a propriedade fundiária —, é livre como as pessoas que nele habitam.⁴⁹⁵ Falar de propriedade como liberdade (propriedade livre) é falar da propriedade no singular, de livre apropriação e disposição, irreconciliável com o paralelismo de domínios e, mais ainda, liberta de todas as cargas senhoriais e comunais, dos mais variados ônus que pesavam sobre o solo medieval.

O Estado da propriedade consagrado pelo *Code Napoléon*, a ardente resposta revolucionária à propriedade feudal, que se convertera em instrumento de servilismo e de desvalorização humana, tem como premissa paradigmática a abolição dos numerosos direitos feudais, que os revolucionários tinham como privilégios, não manifestações da propriedade, que vem a ser elevada ao nível de instituição sagrada, instituição em cujo entorno pode ser identificada, também, a influência dos fisiocratas, para os quais a terra — apenas a agricultura aumentava a riqueza já existente — era a mais autêntica forma de propriedade. Numa imagem figurada e expressiva do prestígio que essa ideologia emprestava à propriedade, afirmava-se que “A propriedade pode ser vista como uma árvore em que as instituições sociais são como os galhos que crescem a partir de um tronco que vem a ser ela própria.”⁴⁹⁶

É complexa e instigante, no laboratório revolucionário, a saga da propriedade como direito de defesa. Na reflexão de Bartolomé Clavero, ali a propriedade é a resultante de um processo de expropriação do domínio direto e de impropriação do domínio útil (este o meio e aquele o fim) e se ergue sobre as ruínas das propriedades, entendido o plural não como um mero giro gramatical — propriedade ou propriedades, expressões similares de um mesmo instituto, utilizadas por mera inércia linguística —; como as diversas expressões

⁴⁹⁴ CLAVERO, Bartolomé. Op. cit., p. 314.

⁴⁹⁵ *Idem*, p. 297.

⁴⁹⁶ PIPES, Richard. Op. cit., p. 66.

materiais do objeto da propriedade;⁴⁹⁷ ou mesmo como a pluralidade de bens, e sim como cargas dominicais, direitos proprietários, ou seja, os diferentes e hierarquizados domínios feudais que incidiam sobre a propriedade antes de 1789.⁴⁹⁸

Os domínios — direitos proprietários — eram na realidade créditos incidentes sobre os imóveis medievais, sob os mais diversos títulos, até mesmo o dízimo devido ao poder confessional. Os revolucionários, sobre reunificar o domínio na matriz da propriedade quirritária romana, aboliram todos os encargos e libertaram a propriedade de todos aqueles pesados ônus que a convertiam num instrumento de servilismo e de opressão. Para a atividade agrícola especialmente, a “independência” da propriedade avança no plano ideológico e cultural para ganhar expressão visível na eliminação das cargas reais e pessoais do solo feudal — senhoriais e comunais.⁴⁹⁹

Nesse quadro intercambiante de singular e plural — a Declaração de 1789 fala em propriedade, mas a Constituição de 1791 volta a falar, ainda, em garantia da inviolabilidade das propriedades —, pouco tempo antes da Declaração de 1789, em cerimônia inaugural de reunião dos estados gerais, em via de se tornarem a futura assembleia geral e constituinte, um representante do monarca profere palavras assaz expressivas a propósito da compreensão dos direitos proprietários, da garantia da propriedade como reconhecimento de domínios.

Proclama-se que todas as propriedades, sem exceção, serão constantemente respeitadas e que o entendimento expresso de Sua Majestade é o de que a propriedade compreende os dízimos, censos, rendas, direitos e deveres feudais e senhoriais e geralmente todos os direitos e prerrogativas úteis e honoríficas relacionadas às terras e aos feudos, ou pertencentes às pessoas,⁵⁰⁰ palavras indicativas de que, na visão do monarca — i.é., no

⁴⁹⁷ Propriedade imobiliária, propriedade mobiliária, propriedade industrial, propriedade comercial, propriedade financeira, propriedade intelectual etc.

⁴⁹⁸ CLAVERO, Bartolomé. Op. cit, pp. 276, 304, 307 e 310.

⁴⁹⁹ *Idem*, p. 296.

⁵⁰⁰ “Toutes les propriétés, sans exception, seront constamment respectées, et Sa Majesté comprend expressément sous le nom de propriété les dîmes, cens, rentes, droits et devoirs féodaux et seigneuriaux, et généralement tous les droits et prérogatives utiles ou honorifiques attachés aus terres et aux fiefs, ou appartenant aux personnes.”

pensamento jurídico do momento histórico —, o plural propriedades, antes de referir-se à pluralidade de bens, refere-se à diversidade intrínseca do direito proprietário.⁵⁰¹

Utilizando expressões incisivas para dar destaque ao modelo revolucionário de propriedade, afirma Bartolomé Clavero que a revolução não libertou nem recuperou o conceito de direito de propriedade no singular: a revolução não foi apenas uma ama de leite da propriedade, senão a sua mãe de parto. A propriedade direito de defesa é filha diletta da revolução, considerando-se que antes dela havia somente domínio e, ademais, no plural, direito dominical na própria coisa que podia ser qualquer renda durável gerada pelo imóvel,⁵⁰² de caráter real ou pessoal.

É nesse segmento evolutivo do processo revolucionário — direito livre em si mesmo, redimido dos numerosos ônus medievais — que a propriedade ingressa na Constituição de 1793, cujo art. 16 estatui que “O direito de propriedade é o que pertence a todo cidadão, para a fruição e disposição, como ele bem entender, de seus bens, de suas rendas, do fruto de seu trabalho e de sua indústria”.⁵⁰³ A liberdade da propriedade se expressa nas faculdades de fruição, de disposição e de livre trânsito das coisas, avultando o exercício de uma liberdade referida às coisas antes mesmo que referida às pessoas. A propriedade como liberdade, referida na integridade teórica das coisas, chega a situar-se acima da vida humana.⁵⁰⁴

Essa é a concepção de propriedade, como linguagem de domínio, que o *Code Napoléon*,⁵⁰⁵ antes de propriamente fundar e inaugurar, em realidade registra e consagra, apropriando-se dos padrões contidos na legislação gerada pela revolução e que, consolidada e impulsionada por toda uma cultura, a começar pela literatura fiel e propagandista da

⁵⁰¹ CLAVERO, Bartolomé. Op. cit, pp. 276-277.

⁵⁰² *Idem*, p. 281-282.

⁵⁰³ “Art. 16 – Le droit de propriété est celui qui appartient à tous citoyens, de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie.”

⁵⁰⁴ CLAVERO, Bartolomé. Op. cit, p. 304.

⁵⁰⁵ Assinala Clavero que o Code Napoléon, ao dizer que “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par règlements*” (art.544) apenas melhora, mas sem muita inovação, a definição romana segundo a qual “*dominium est jus utendi, fruendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur.*” (Bartolomé Clavero. Op. cit., p. 335.)

Escola de Exegese,⁵⁰⁶ serviu de paradigma à cultura jurídica do mundo ocidental⁵⁰⁷ e ingressou nas constituições liberais.

Em face dos direitos fundamentais de defesa, o Estado tem um dever de não ingerência, por se tratar de áreas exclusivas de autodeterminação do indivíduo, imunes às interferências ilegítimas do poder público, e mesmo dos particulares. A intromissão não legitimada faz surgir em prol do indivíduo a respectiva pretensão reparadora, de abstenção, de revogação, e de anulação,⁵⁰⁸ estas destinadas ao desfazimento de atos estatais atentatórios de posições jurídicas concretas e individualizadas, como, *v.g.*, o ato jurídico perfeito aquisitivo da propriedade; ou abstratas, como o exercício da faculdade de dispor do bem objeto da propriedade.⁵⁰⁹

Os direitos de defesa não representam somente faculdades de impedir. Implicam, igualmente, nos casos de violação, “o direito e o dever de suspensão das eventuais intromissões ilegítimas, bem como o direito e o dever de reposição da situação anterior ou de eliminação das consequências de tais intromissões ou ofensas.”⁵¹⁰ Tipificam, portanto, direitos a prestações negativas, devendo “ser vistos como direitos intransitivos ou direitos absolutos, aos quais corresponde, do lado passivo, um dever geral de respeito e de abstenção, que não caberá, então, apenas, ao Estado”.⁵¹¹

Enquanto direito fundamental de defesa (direito fundamental individual), a propriedade, como outros institutos da mesma extração, não estaria devidamente garantida se não houvesse um complexo normativo assecuratório das mencionadas pretensões, em face das contestações e violações da sua titularidade. Têm-se, portanto, as garantias constitucionais — para alguns, garantias institucionais⁵¹² — que vêm a ser os

⁵⁰⁶ CLAVERO, Bartolomé. Op. cit, pp. 343-344.

⁵⁰⁷ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 383.

⁵⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade (Estudos de Direito Constitucional), Celso Bastos Editor, 2ª Edição, outubro/1999, p. 37.

⁵⁰⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais, 1ª Edição, Editora Brasília Jurídica Ltda., 2002, p. 141.

⁵¹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 179-180.

⁵¹¹ *Idem*, p. 181.

⁵¹² No direito fundamental é estabelecida uma faculdade de agir ou de exigir em favor de pessoas ou grupos, que se colocam numa perspectiva ativa em face de pessoas ou entidades obrigadas; na garantia institucional, diversamente, tem-se apenas um sentido organizatório objetivo, independentemente de uma atribuição ou de uma atividade pessoal (pp.68 e 69). Os direitos representam por si só certos bens, enquanto as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens. As garantias são os elementos da definição constitucional dos

mecanismos institucionais destinados a fazer valer o direito, assegurando o exercício das faculdades inerentes à titularidade proprietária.⁵¹³

Em face das constituições do Estado liberal, a propriedade, cuja inviolabilidade constitui um dos seus postulados, representa um princípio constituinte do direito de liberdade. O título proprietário, daí em diante, não depende da estrutura social; diversamente, a estrutura social é que por ele é regida e moldada.⁵¹⁴ É nessa linha que se põe a Constituição brasileira de 1988,⁵¹⁵ cujo catálogo de direitos fundamentais relaciona e garante o direito de propriedade como um direito fundamental, esteio-mor do sistema econômico-capitalista da livre iniciativa.⁵¹⁶

A liberdade proprietária, tal como a liberdade contratual, constitui extensões naturais da liberdade pessoal.⁵¹⁷ É nessa moldagem que a propriedade ingressa nas codificações do Estado liberal, tal como no Código Civil de 1916,⁵¹⁸ no qual, como foi ressaltado, a relação proprietária é caracterizada pela preponderância do patrimonial, do econômico, sobre o estritamente pessoal. Segundo anota Jorge Miranda, forte na célebre expressão de Benjamin Constant, se, para os antigos, a liberdade é, antes de tudo, a participação na vida da Cidade; para os modernos é, antes de mais, a realização da vida pessoal.⁵¹⁹

Cuida-se não de liberdade política, senão de uma liberdade dos particulares para dispor de um espaço próprio sem intromissões do Estado, à margem das relações políticas e constitucionais.⁵²⁰ Nas liberdades negativas, tem o Estado não somente o dever de não

direitos fundamentais. (Cf. MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Coimbra Editora, 1988, pp. 68, 69 e 91.)

⁵¹³ SILVA, José Afonso da. Op. cit., pp. 185 e 411.

⁵¹⁴ CLAVERO, Bartolomé. Op. cit., p. 341.

⁵¹⁵ Todas as Constituições brasileiras, na realidade, até mesmo a do Império, seguem a tradição liberal e relacionam a propriedade como direito individual fundamental: Carta de 1824 (art. 179); Carta de 1981 (art. 72, § 17); Carta de 1934 (art. 113, n. 17); Carta de 1937 (art. 122, n. 14); Carta de 1946 (art. 141, § 16); Carta de 1967 (art. 150, § 22); e EC/01-69 (art. 153, § 22).

⁵¹⁶ Cf. art. 1º, IV; art. 5º, XXII; e art. 170, *caput*.

⁵¹⁷ CLAVERO, Bartolomé. Op. cit., p. 318.

⁵¹⁸ O Código Bevilacqua, todavia, não espelha de forma retilínea, na engenharia da propriedade, a pureza da propriedade revolucionária de 1789, na medida em que ainda contempla a divisão binária do domínio ao consagrar o instituto da enfiteuse. (Cf. arts. 678-694.)

⁵¹⁹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Coimbra Editora, 1988, p.14.

⁵²⁰ HESSE, Konrad. Derecho Constitucional y Derecho Privado – traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Guttierrez –, Editorial Civitas, S.A., Primera Edición, p. 38.

intromissão, senão também o dever de não supressão. As constituições liberais contêm cláusulas que impedem — entre outros direitos fundamentais — a abolição dos direitos e garantias individuais.⁵²¹ Os direitos fundamentais constituem elementos da continuidade da constituição, não sendo legítima a reforma constitucional que eventualmente pretenda a sua supressão. Sobre a propriedade, quando o interesse público aconselhe a sua supressão pela potestade estatal, faz jus o seu titular ao direito a uma justa indenização, em ordem a que não tenha nenhum decesso patrimonial.

Livre é o homem quando pode ser titular de direitos proprietários, gozar e dispor dos seus bens, do seu patrimônio, sem impedimentos e sem interferências ilegítimas da sociedade política,⁵²² de resto concebida originariamente para cuidar da sua defesa. A finalidade de toda associação política, proclama o art. 2º da Declaração de Direitos de 1789, é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Na reflexão de Luigi Ferrajoli, há um equívoco na afirmativa de que a propriedade é um direito fundamental sagrado e inviolável, constante do art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Destaca que a mescla, na mesma categoria, de figuras heterogêneas, como os direitos de liberdade, de um lado, e do direito de propriedade, de outro, é fruto da justaposição de doutrinas jusnaturalistas e da tradição civilista e romana, feita pelo liberalismo, que tem condicionado até os nossos dias a teoria dos direitos humanos na sua totalidade; e, com ela, o Estado de Direito.⁵²³

Na base dessa visão — afirma ele — existe um equívoco teórico que se deve ao caráter polissêmico da noção de direito de propriedade, com o qual se entende, a um só tempo, o direito de ser proprietário e o direito de dispor dos próprios direitos de propriedade, que são um aspecto da capacidade jurídica, equívoco que teria ensejado duas consequências: “a valorização da propriedade no pensamento liberal como direito do

⁵²¹ Dispõe a Constituição brasileira de 1988 que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. (Cf. art. 60, § 4º, IV.)

⁵²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil, *in* Revista de Informação Legislativa – Senado Federal, n. 141, janeiro/março – 1999, p. 101.

⁵²³ FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales, Edición de Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello, Editorial TROTТА, Segunda Edición, 2005, p. 29.

mesmo tipo que a liberdade e, inversamente, a desvalorização das liberdades no pensamento marxista, desacreditadas como direitos burgueses ao lado da propriedade”.⁵²⁴

Para ilustrar o equívoco teórico — considerar a propriedade como um direito fundamental —, relaciona Ferrajoli quatro diferenças entre os direitos fundamentais (nos quais se inscreve a liberdade) e os direitos patrimoniais (entre eles a propriedade). Em primeiro, os direitos fundamentais são universais, com uma qualificação universal dos sujeitos deles titulares, ao passo que os direitos patrimoniais são singulares, tendo cada qual um titular determinado. Os direitos fundamentais são inclusivos e formam a base da igualdade jurídica, enquanto os direitos patrimoniais são exclusivos — o uso pelo titular exclui os demais pretendentes — e estão na base da desigualdade jurídica. Quando se fala em “direito de propriedade” como um direito de cidadania ou civil, semelhante aos direitos de liberdade, alude-se elipticamente ao direito de tornar-se proprietário, conexo à capacidade jurídica, assim como ao direito de dispor dos bens, conexo à capacidade de agir, isto é, a direitos fundamentais, porque concernem a todos, e que são completamente diversos dos direitos reais sobre bens determinados adquiridos ou alienados.⁵²⁵

Em segundo, os direitos fundamentais são indisponíveis, inalienáveis,⁵²⁶ invioláveis, intransigíveis e personalíssimos, enquanto os direitos patrimoniais são, por sua natureza, disponíveis, negociáveis e alienáveis. Os direitos fundamentais estão subtraídos às decisões de política e de mercado. São eles um limite não somente aos poderes públicos mas também à autonomia de seus titulares. Já os direitos patrimoniais apresentam evidente caráter singular, ao contrário do caráter universal dos direitos fundamentais. Já a terceira diferença se relaciona com a estrutura dos direitos: os direitos patrimoniais são direitos disponíveis, estando, ao contrário dos direitos fundamentais, sujeitos a vicissitudes, é dizer, destinados a ser constituídos, modificados ou extintos por atos jurídicos. Têm título de aquisição em atos jurídicos negociais (contratos, doações, testamentos), diferentemente do

⁵²⁴ *Idem*, p. 29.

⁵²⁵ *Idem, ibidem*, pp. 30-31.

⁵²⁶ A inalienabilidade/indisponibilidade dos direitos fundamentais funda-se na dignidade humana e diz respeito, em essência, à aptidão do homem para ser livre e autodeterminar-se (liberdade é a condição do homem que não pertence a nenhum senhor). Segue-se, assim, que nem todos os direitos fundamentais são inalienáveis, senão aqueles referentes à pessoa como ser, que dizem respeito à potencialidade do homem para autodeterminar-se, i.é., em regra os direitos ligados à personalidade. A propriedade, portanto, como direito fundamental patrimonial, e os direitos a prestações, não têm aqueles atributos.

que sucede com os direitos fundamentais, cujo título é a lei, conferidos por regra geral de cunho constitucional.⁵²⁷ Em quarto, os direitos fundamentais são horizontais, atuando no campo das relações intersubjetivas do tipo civilista — contratos, sucessões e similares —, enquanto as relações que se produzem entre os titulares dos direitos fundamentais são verticais, do tipo publicista, entre o indivíduo e o Estado.⁵²⁸

Opondo-se (quicá com vantagem) à tese de Ferrajoli — de que a inclusão do direito de propriedade na mesma categoria dos direitos de liberdade, dos direitos civis, é consequência de um equívoco semântico no qual incorrera John Locke —, Danilo Zolo afirma que a defesa da propriedade pelo pensamento liberal como um direito natural inviolável não é consequência de um equívoco semântico, e sim de um reflexo da ideologia econômica; e que não são os atos concretos de fruição da propriedade privada que representam a principal fonte da desigualdade no mundo moderno, o que não foi afirmado sequer por Marx. É duvidoso — prossegue — que a economia de mercado, com seus mecanismos industriais e financeiros de acumulação e de distribuição desigual de riqueza possa reconduzir-se à natureza exclusiva dos atos de desfrute da propriedade.⁵²⁹

Dentro de um regime liberal-democrático, baseado na economia de mercado, existe uma tensão geral entre a liberdade e a igualdade. A seguir, aponta o autor três razões gerais para a sua afirmativa: em primeiro, no curso da revolução industrial e do desenvolvimento do capitalismo — entre os séculos XVII e XVIII —, o direito de propriedade foi reivindicado, em primeiro lugar e com maior intensidade, pela nascente burguesia industrial, contrapondo-se à propriedade feudal. O próprio sistema representativo — *no taxation without representation* — de origem medieval tinha estreita relação com o direito de propriedade. O ideal de liberdade individual (observa, citando Bruno Leoni e Friedrich von Hayek) floresceu entre os povos que se entregaram em maior escala às atividades de exploração e comércio de largo alcance. A instituição da propriedade privada operou como proteção da capacidade de inovação e de iniciativa dos indivíduos.⁵³⁰

⁵²⁷ *Idem, ibidem*, pp. 31-33.

⁵²⁸ *Idem, ibidem*, p. 34.

⁵²⁹ ZOLO, Danilo. Libertad, Propiedad e Igualdad en la Teoría de los “Derechos Fundamentales” (a propósito de um ensayo de Luigi Ferrajoli), in FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales, Edición de Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello, Editorial TROTTA, Segunda Edición, 2005, pp. 84-85.

⁵³⁰ *Idem*, pp. 87-88.

Em segundo, *afirma* que a defesa da propriedade privada não foi somente um dos elementos cardeais da revolução burguesa, estando presente no mesmo nível em qualquer outro direito civil e na totalidade dos documentos constitucionais inspirados pela doutrina liberal, começando pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Somente muito mais tarde, com a Constituição de Weimar, de 1919, é que se introduziram as primeiras limitações ao direito de propriedade, com referência às obrigações do proprietário. Na realidade, o binômio liberdade/propriedade aparece nas batalhas revolucionárias da nascente burguesia capitalista e nos documentos e textos normativos mais importantes do constitucionalismo moderno. Em terceiro, a propriedade, enquanto tal, como modalidade de apropriação privada e exclusiva de bens e recursos, tem sido objeto de críticas de caráter moral desde os primeiros séculos da era cristã, hostilidade (à propriedade e aos proprietários) que tem persistido largamente na tradição cristã e católica, com a exaltação da pobreza e do ascetismo franciscano, somente desaparecendo com a moderna economia de mercado.⁵³¹

Na época moderna — prossegue —, Rousseau relançaria a crítica à instituição da propriedade, não somente em sentido moral: para ele, a propriedade é a origem da desigualdade entre os homens. Não muito distinta seria a posição anarcossocialista de Proudhon (e, em geral, do socialismo crítico-utópico), para quem a propriedade privada está encharcada de violência e abusos e deveria ser substituída por formas de propriedade coletiva.⁵³²

Dessa tradição separou-se a análise marxista, que não criticou a propriedade como tal nem propôs a sua abolição. Sua objeção, diferentemente, volta-se, em primeiro, contra a propriedade privada dos meios de produção, que constituem a chave da abóbada da economia capitalista, condenando a ilimitada capacidade de possuir — não proporcional à necessidade de consumo do proprietário e, sobretudo, à sua capacidade de trabalho —, que foi teorizada e justificada pelo pai fundador do liberalismo, John Locke; e, em segundo, contra a liberdade de iniciativa, que é a base da teoria liberal clássica.⁵³³

⁵³¹ *Idem, ibidem*, pp .88-89.

⁵³² *Idem, ibidem*, pp .88-89.

⁵³³ *Idem, ibidem*, pp. 88-89.

Há, portanto, na análise marxista — conclui Zolo —, uma tensão entre liberdade e propriedade, de um lado, e igualdade (substancial) de outro lado, e não entre liberdade e igualdade de um lado e o exercício do direito de propriedade de outro, como propõe Ferrajoli. Permanece sem solução, na sociedade liberal, a tensão entre liberdade e igualdade, não porque a fonte da desigualdade social e da pobreza seja a estrutura exclusiva e particularista da propriedade privada, e sim porque os potentes mecanismos da economia de mercado atuam em sentido anti-igualitário. São os mecanismos de atribuição desigual da riqueza e das oportunidades de acesso aos recursos os responsáveis pela desigualdade e pela pobreza.⁵³⁴

Afigura-se, portanto, fascinante e inesgotável a tensão dialética em derredor da propriedade, vindo a pelo a já referida passagem do manifesto comunista (1848), na qual Marx e Engels afirmam que a sociedade burguesa moderna, com suas relações de produção e troca e o regime burguês de propriedade, “assemelha-se a um feiticeiro que já não pode controlar os poderes infernais que invocou”.⁵³⁵

2.5 A Constituição de 1934 e o Estado Social

O Estado social, no consenso dos estudiosos, desenvolve-se com a quebra da separação clássica entre a sociedade, o mercado e a esfera privada, de um lado; e o Estado, a política e a esfera pública, de outro, segundo era praticado pelo modelo da sociedade liberal.⁵³⁶ Os revolucionários de 1789, com a ascensão da burguesia à classe dominante, levaram ao clímax uma nova ordem social sob os auspícios do liberalismo, que ali triunfou em absoluto.

Mas, como aduz Paulo Bonavides, a própria burguesia formulou os princípios filosóficos da sua revolta social, dando ensejo ao enfraquecimento do constitucionalismo burguês. “O curso das ideias pede um novo leito. Da liberdade do Homem perante o Estado, a saber, a idade do liberalismo, avança-se para a ideia mais democrática da

⁵³⁴ *Idem, ibidem*, pp. 90-91.

⁵³⁵ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. Manifesto Comunista, Boitempo Editorial, tradução de Álvaro Pina, 1ª Edição, março – 1998, 4ª reimpressão, junho de 2005, p. 45.

⁵³⁶ REGONINI, Gloria. O Estado do Bem-Estar, in Dicionário de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Editora UnB, 10ª Edição, p. 418.

participação total e indiscriminada desse mesmo Homem na formação da vontade estatal.”⁵³⁷

A igualdade na qual se firma o liberalismo é sobretudo formal, encobrendo sob o seu manto de abstração um mundo de desigualdades de fato — econômicas, políticas, sociais e pessoais. O Estado social surge dessas contradições, da transformação da superestrutura do Estado liberal, mas não abdica da opção pela ordem capitalista de produção, ainda que já atenuada na exacerbada influência da burguesia.⁵³⁸ O individualismo clássico liberal passa por uma correção em função do qualificativo social, em face da realização dos direitos sociais. O sistema capitalista de produção é compatibilizado com a consecução do bem-estar social.

A teoria liberal dos direitos do homem aproxima-se, na avaliação de Canotilho, daquilo que se passou a chamar de “liberdade dos modernos”,⁵³⁹ na expressão de Benjamin Constant.⁵⁴⁰ Considerando os fins da atividade moral do homem pautados pela sua razão, e não por uma ordem natural e transcendente — seqüência —, o discurso da modernidade em derredor dos direitos do homem tem base em duas ideias básicas: de que coisas e em que condições deve o homem desfrutar para desenvolver sua esfera privada — momento subjetivo do jusnaturalismo (i); e de que forma se administra a limitação recíproca das liberdades, em ordem a que o homem possa ser livre sem, ao mesmo tempo, escravizar o outro e vice-versa (ii).⁵⁴¹

Estão implícitos, na dialética desse duplo postulado, “a primazia dos direitos como direitos inerentes ao livre desenvolvimento da ‘personalidade individual’ e a concepção do Estado como entidade de garantia de direitos e não apenas como instância prosecutora de fins coletivos”.⁵⁴² Concebidos os direitos individuais como realidades independentes do Estado, incumbe à ação do Estado circunscrever-se à tarefa da ordem e segurança desses direitos.

⁵³⁷ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal do Estado Social, Malheiros Editores, 8ª Edição, 2007, p. 43.

⁵³⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pp. 61 e 184.

⁵³⁹ Liberdade dos modernos é a liberdade concebida como um esquema político de representação, típica do liberalismo, com direitos e liberdades individuais. A ideia inversa é a de liberdade dos antigos, concebida como participação ativa no poder político, ligada à ideia de direitos fundamentais republicanos.

⁵⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, 2004, p. 17.

⁵⁴¹ *Idem*, p. 17.

⁵⁴² *Idem, ibidem*, p. 17.

Como os direitos das pessoas, objeto de tratamento constitucional, na visão oitocentista, são essencialmente liberdades em face do Estado, nas constituições liberais (puramente), consigna Jorge Miranda, o direito de propriedade privada “surge a par da liberdade e da segurança como componente da sua ideia de Direito; ou é considerado uma liberdade, tão cuidadosamente protegida como as restantes”.⁵⁴³ Já nas constituições de tendências sociais — prossegue —, embora o direito de propriedade privada não se dissocie dos direitos fundamentais, ele passa a ser um componente da ordem econômica, condicionado a outros interesses e valores em perspectiva social.⁵⁴⁴

A essa altura do Estado moderno, a fase do Estado constitucional, representativo ou de Direito, caracterizado pela submissão ao império da lei, pela separação de poderes e pela proteção e garantia dos direitos individuais, supera-se a separação entre Estado — como processo político e jurídico de agir, numa perspectiva, portanto, estritamente política e jurídico-positiva⁵⁴⁵ — e a sociedade.⁵⁴⁶ À geração dos direitos fundamentais individuais como liberdades negativas se ajunta a dimensão dos direitos fundamentais como direitos a proteção, de promoção, que exigem do Estado uma atuação para atenuar as desigualdades sociais.⁵⁴⁷

Está-se diante de um resultado da ideologia e da reflexão antiliberal, cuja expressão são os direitos sociais, culturais e econômicos, cuja geração — dizem-se direitos fundamentais de segunda geração — dominou a cena constitucional do século XX, integrando o constitucionalismo das diferentes formas de Estado social; e que, como as

⁵⁴³ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 431.

⁵⁴⁴ *Idem*, p. 431.

⁵⁴⁵ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1ª Edição, 2002, p. 40.

⁵⁴⁶ A evolução do Estado moderno, anota Jorge Miranda, pode ser tomada sob diferentes perspectivas, vindo a pelo o destaque de duas: numa perspectiva de natureza cultural, considera-se o Estado como expressão de civilização. Leva-se em conta as concepções filosóficas, sociais e jurídicas que legitimam o poder, à luz das quais são avaliados o caráter e os motivos da ação dos governantes: séculos XV e XVI (Estado do Renascimento), séculos XVII e XVIII (Estado da ilustração) e séculos XIX e XX (Estado do Romantismo); numa perspectiva de índole estritamente política e jurídico-positiva, considera-se o Estado como processo político e jurídico de agir, focando a legitimidade política, a organização e a limitação do poder dos governantes e os direitos e deveres dos governados: Estado estamental (monarquia limitada), Estado absoluto e Estado constitucional, representativo ou de Direito. (Cf. Jorge Miranda, Teoria do Estado e da Constituição, Forense, 1ª Edição, Rio de Janeiro, 2002, pp. 40-41.)

⁵⁴⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., pp. 142-143.

liberdades negativas, foram inicialmente objeto de especulações filosóficas e políticas e nasceram, por outro lado, de braços dados com o princípio da igualdade.⁵⁴⁸

De par com a já referida mudança de perspectiva na relação política do Estado moderno, pela qual o indivíduo singular evolui da condição de um objeto de poder para a condição de destinatário de direitos em face do soberano, o Estado, na realização de suas tarefas, reconhece ao indivíduo a aptidão para pretender uma atuação em seu favor (dele indivíduo), conferindo-lhe faculdade de servir-se das instituições estatais. Nesse estado positivo (*status civitatis*), na terminologia de Jellinek, o Estado se obriga a prestações de caráter positivo em relação ao indivíduo.⁵⁴⁹

É o Estado social, que intervém na economia não somente para regulá-la mas também para promover o crescimento econômico e as políticas sociais e retributivas, a fim de garantir direitos sociais, culturais e econômicos. O que distingue o Estado social, ou assistencial, “não é tanto a intervenção direta das estruturas públicas na melhoria do nível de vida da população, quanto o fato de que tal ação é reivindicada pelos cidadãos como um direito.”⁵⁵⁰ Como aduz José Afonso da Silva, “O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade de justiça social”.⁵⁵¹

A superação do liberalismo, enfatiza Vieira de Andrade, não foi obra somente da política, senão da própria ruína da sociedade liberal, que veio a ser sucedida por uma nova ordem — a sociedade técnica de massas. Com o progresso técnico e a industrialização, a desenhar do horizonte o bem-estar material, os homens migraram para as cidades, deixando para trás suas terras, seu espaço e seu tempo,⁵⁵² num ritmo apressado de vida que pôs a nu as contradições do sistema. A sociedade agrária se transforma em industrial e muda o

⁵⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 19ª Edição, Malheiros Editores, 2006, p. 564.

⁵⁴⁹ JELLINEK, Georg. Sistema dei Diritti Pubblici Subbietivi (traduzione italiana riveduta dall'autore sulla seconda edizione tedesca), Società Editrice Libreria, 1912, p. 96.

⁵⁵⁰ REGONINI, Gloria. Op. cit., p. 416.

⁵⁵¹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 115.

⁵⁵² ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 57.

mundo das pessoas. O fator econômico do desenvolvimento industrial soa como a única constante capaz de ocasionar o surgimento do problema da segurança social.⁵⁵³

A paz já não se limita somente à ordem das ruas. Pressupõe uma caminhada do Estado e do seu aparelho na gestão direta da vida social, especialmente da ordem econômica. “O bem-estar voltou a ser o objetivo mais prestigioso da gestão do poder.”⁵⁵⁴ A sintonia da concepção liberal é destruída pelo aparecimento de preferências diversas e às vezes radicais. “Exigim-se do Estado medidas de planejamento económico e social, numa intervenção directa e dirigente da economia, um sistema completo de prestações nas várias áreas da vida social.”⁵⁵⁵

A suprema liberdade individual e a concorrência econômica, premissas da harmonia liberal, que supostamente conduziriam os homens ao eldorado, levou-os, diversamente, a injustiças clamorosas, como, *v.g.*, se deu com a liberdade contratual entre empresários e trabalhadores, que teve como resultado a exploração social, reduzindo as massas a um nível degradante na sua dignidade. A desagregação das estruturas sociais tradicionais — continua Vieira de Andrade — tornou insuficientes os sistemas antigos (familiares, religiosos e mutualistas) para resolver os problemas da doença, da velhice e da pobreza, tudo debitado ao absentéismo da ordem liberal, e levou os indivíduos a reivindicar do Estado uma intervenção mais efetiva na transformação das estruturas sociais.⁵⁵⁶

No liberalismo, a liberdade dos particulares em torno do seu espaço sagrado de autonomia privada ficava à margem das relações políticas e constitucionais, se bem que ainda não havia, em verdade, o constitucionalismo moderno,⁵⁵⁷ como uma teoria que “ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”, representando uma “uma

⁵⁵³ REGONINI, Gloria. Op. cit., p. 418.

⁵⁵⁴ SCHIERA, Pierangelo. O Estado Moderno, in Dicionário de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Editora UnB, 10ª Edição, p. 431.

⁵⁵⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 58.

⁵⁵⁶ *Idem*, p. 58.

⁵⁵⁷ Segundo Jorge Miranda, as primeiras Constituições escritas, em sentido moderno, incorporando a filosofia jusracionalista, são as Constituições das treze colônias, que dão origem aos Estados Unidos, e a Constituição americana de 1787, mas o constitucionalismo como movimento revolucionário de vocação universal triunfa na França e de lá se irradia. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão não se dirige somente aos franceses, mas a todos os homens. (Cf. Manual de Direito Constitucional, Coimbra Editora, Tomo I, 4ª Edição, 1990, p. 108.)

técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”.⁵⁵⁸ Enquanto não houve Constituições, o direito privado, baluarte autêntico da liberdade burguesa, seguiu o seu próprio caminho.⁵⁵⁹

O Estado de Direito⁵⁶⁰ deixa de ser formal (apenas) e se transforma no Estado material de Direito; em outros termos, em Estado social de Direito, admitindo e reconhecendo os direitos sociais, na mira dos objetivos da justiça social. A propósito, eis as expressivas palavras de Pablo Lucas Verdú:

O Estado de Direito serviu de apoio para os direitos subjetivos públicos, convertendo os súditos em cidadãos livres. Os movimentos sociais do século XIX revelaram a insuficiência das liberdades burguesas, permitindo que se formasse uma consciência da necessidade da justiça social. Mas o Estado de Direito, que já não podia se justificar como liberal, precisou abandonar a sua neutralidade para afrontar a maré social, além de integrar a sociedade sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito deixa de ser formal, neutro e individualista para transformar-se em Estado material de Direito, na medida em que adota uma dogmática e uma finalidade voltadas para o fomento da justiça social.⁵⁶¹

Perde densidade, no Estado social, a crença liberal individualista na constituição.⁵⁶² Os regimes constitucionais, para realizar o Estado social de Direito, passam a consagrar um capítulo específico sobre os direitos sociais, culturais e econômicos, cuja função precípua consiste em reconstruir as condições materiais e culturais nas quais vivem

⁵⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 7ª Edição, 2003, p. 51.

⁵⁵⁹ HESSE, Konrad. *Op. cit.*, pp. 35 e 37.

⁵⁶⁰ Aquele Estado em “que todo o âmbito estatal esteja presidido por normas jurídicas, que o poder estatal e a atividade por ele desenvolvida se ajustem ao que é determinado pelas prescrições legais.” (Cf. Pablo Lucas Verdú, *in A Luta pelo Estado de Direito* (tradução de Agassiz Almeida Filho), Forense, 1ª Edição, 2007, p. 1.) Um “Estado pautado e vinculado à figura da lei, que constitui os limites e é o fundamento necessário de todas as suas ações”, que se identifica com a consolidação das ideias liberais e que se consolida no final do século XVIII. (Cf. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Estado de Direito*, *in* *Dicionário de Filosofia*, Editora Renovar, 2006 (Coordenação de Vicente de Paulo Barreto), p. 288.) Trata-se do Estado Liberal de Direito, caracterizado pela submissão ao império da lei, emanada do Poder Legislativo, composto de representantes do povo (i); pela divisão de poderes (ii), e pelo enunciado e garantia dos direitos individuais (iii). (Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20ª Edição, Editora Malheiros, pp. 112-113.)

⁵⁶¹ VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta pelo Estado de Direito* (tradução de Agassiz Almeida Filho), Forense, 1ª Edição, 2007, p. 91.

⁵⁶² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Tomo I, 4ª Edição, 1990, p. 92.

as pessoas de fato, além dos batentes de uma liberdade formal, em cujo imaginário está o indivíduo abstrato, sem os seus atributos sociais; ou, na palavra de Radbruch, o indivíduo desprovido da sua individualidade concreta.⁵⁶³

Isso não equivale a que o Estado social repudie ou dinamite as fundações filosóficas do Estado liberal — o iluminismo, o jusracionalismo e o liberalismo —, senão que as mantém e as supera em parte. Nesse segmento (o segundo) do Estado constitucional representativo,⁵⁶⁴ articulam-se, em verdade, as liberdades negativas, vocacionadas para a proteção da autonomia da pessoa, com os direitos sociais; a igualdade jurídica com a igualdade social. O povo, como unidade dos cidadãos — e não a classe burguesa — continua como o titular do poder.⁵⁶⁵

A promessa constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais, de braços dados com as liberdades e garantias individuais, assume uma ressonância política praticamente universal, passando a figurar nas cartas constitucionais do século XX, a começar pela Constituição Mexicana de 1917 e, especialmente, pela constituição socialdemocrata alemã de 1919, a celeberrima constituição de Weimar⁵⁶⁶, e dominando todas as Constituições do segundo pós-guerra, ainda que passando de início por um período de baixa normatividade e, até mesmo, de eficácia duvidosa.⁵⁶⁷

A Constituição de Weimar, aprovada em 11 de agosto de 1919, afastando-se da clássica neutralidade das cartas liberais é, entre as grandes constituições europeias, a primeira a se preocupar com a questão social e, mais concretamente, com a relevância constitucional dos problemas sociais, atribuindo direitos sociais aos cidadãos, impondo limitações ao princípio da liberdade contratual (art. 152º) e, quiçá em maior acústica social

⁵⁶³ RADBRUCH, Gustav. Op. cit., p. 190.

⁵⁶⁴ Seja como ideia ou concepção jurídico-política, seja como sistema constitucional, “o Estado não se cristaliza nunca numa fórmula acabada; está em contínua mutação, através de várias fases de desenvolvimento progressivo (às vezes regressivo); os fins que se propõe impelem-no para novos modos de estruturação e eles próprios vão-se modificando e, o mais das vezes, ampliando. (Cf. Jorge Miranda, Teoria do Estado e da Constituição, Forense, 1ª Edição, 2002, p. 23.)

⁵⁶⁵ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Coimbra Editora, Tomo I, 4ª Edição, 1990, pp. 94-95.

⁵⁶⁶ O nome, sabe-se, liga-se à cidade de Weimar, na Saxônia, onde a Constituição foi elaborada e votada, no final da primeira guerra mundial. Essa Constituição, apesar do seu breve período de vigência, somente até o início de 1933, deu estrutura elaborada ao Estado da democracia social, tendo, em consequência, influência marcante na evolução das instituições políticas do Ocidente. (Cf. Fábio Konder Comparato, in A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, Editora Saraiva, III Edição, pp. 185-189.)

⁵⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 19ª Edição, Malheiros Editores, 2006, p. 564.

e jurídica, impondo limitações estruturais à propriedade privada (art. 153º), com a previsão da sua função social.

A Constituição de Weimar, elaborada numa quadra na qual se apelava para a ideia de valor, depois das experiências traumáticas de 1914-1918, “pode considerar-se o mais importante texto nessa altura concebido e espelha bem toda a mudança no modo de encarar os problemas políticos, sociais e econômicos do século XIX para o século XX. O seu interesse é múltiplo, quer no plano sistemático quer no da experimentação constitucional; e, por isso, ficaria registrada na história e no direito comparado”.⁵⁶⁸

Vista com desconfiança por parcela da classe política alemã daquela época, que considerava o capítulo dos direitos sociais como “promessas vazias do Estado burguês”⁵⁶⁹ — a Carta alemã de 1949, refletindo esse clima de desconfiança, optou deliberadamente por não contemplar direitos de prestações positivas por parte do Estado —, a opção da Constituição de Weimar de inserção constitucional dos direitos sociais na Constituição, passou a constituir o paradigma sóciopolítico dominante da cena constitucional daí em diante.

Afirma-se que Estado social, no plano jurídico, passa a ser tido como aquele que faz inserir na Constituição a regulação da ordem econômica e social. A tutela dos direitos deixa de limitar-se ao ângulo da fundamentação subjetiva, restrito ao espaço da autonomia privada dos seus titulares, para alcançar domínios outros, em perspectiva coletiva — *v.g.*, a educação, o trabalho, a saúde, a seguridade social —, numa fundamentação objetiva da norma, à vista do interesse da coletividade, da vida comunitária, do interesse público.⁵⁷⁰ “A ideologia do social, traduzida em valores de justiça social e distributiva, passou a dominar o cenário constitucional do século XX.”⁵⁷¹

É nesse modelo constitucional que se insere a Constituição brasileira da Segunda República, promulgada em 17 de julho de 1934, que, dando acústica à luta dos movimentos operários pela conquista da regulamentação da chamada questão social — “direitos

⁵⁶⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Coimbra Editora, Tomo I, 4ª Edição, 1990, p. 206.

⁵⁶⁹ KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre/2002, p. 46.

⁵⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina, 7ª Edição, 2003, p. 1256.

⁵⁷¹ LÓBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil, *in* Revista de Informação Legislativa – Senado Federal, n. 141, janeiro/março – 1999, p. 102.

relativos às relações de produção e seus reflexos, como a previdência e assistência sociais, o transporte, a salubridade pública, a moradia etc.”⁵⁷² —, uma das pautas sociais da Revolução de 1930, que pusera fim à República Velha, e numa influência direta da Carta de Weimar, trouxe, ao lado da clássica declaração dos direitos e das garantias individuais, como novidade no seu conteúdo (entre outras matérias), um título sobre a ordem econômica e social.⁵⁷³ Inaugura-se juridicamente o Estado social de Direito no Brasil, que pautou as constituições seguintes.⁵⁷⁴

A Constituição de 1934 garantiu o direito de propriedade — o Estado social, como visto, adota o sistema capitalista de produção, que tem a propriedade como viga mestra, mas a insere como um componente da ordem econômica, numa perspectiva social —, porém advertiu que “não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar” (art. 113, n. 17). Uma forma velada, portanto, de adotar o princípio da função social da Constituição de Weimar, embora sem muitos incômodos ao sistema, dada a já referida baixa ou quase nenhuma normatividade dos direitos sociais nesse tempo, que trai claramente a concepção do individualismo em contentar-se com um indivíduo abstrato, despido das suas circunstâncias existenciais de tempo e lugar.

As declarações constitucionais sobre os direitos sociais — e assim já ocorrera com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em relação às liberdades — tipificam em realidade objetivos a alcançar, com baixa ou nenhuma exequibilidade e justicialidade. Constituem, ainda, a expressão de aspirações ideais, nas quais o nome *direitos* “serve unicamente para atribuir um título de nobreza.”⁵⁷⁵ No jargão constitucional do momento, constituiriam cláusulas gerais constitucionais.

As normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais, conforme lembra Canotilho, modelam uma dimensão objetiva dos direitos sociais em duas direções. Na primeira, como uma imposição legiferante, pela qual o legislador tem a obrigação de criar

⁵⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hemenêutica (Uma Nova Crítica do Direito)*, Forense, 2ª Edição, p. 55.

⁵⁷³ Título IV, artigos 115-143.

⁵⁷⁴ Faz-se exceção à Constituição de 10 de novembro de 1937, do Estado Novo, decretada pelo Presidente Getúlio Vargas, que, eleito pela própria Assembleia Nacional Constituinte de 1934, para um mandato constitucional de quatro anos, conforme previsão do art. 1º das Disposições Transitórias da Carta de 1934, dissolveu a Câmara e o Senado e revogou a Carta de 1934!

⁵⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Editora Campos (tradução de Carlos Nelson Coutinho), 1992, p.9.

as condições materiais e institucionais para que esses direitos possam ser exercidos; na segunda, propiciando aos cidadãos as prestações propriamente ditas, densificadoras da dimensão subjetiva desses direitos.⁵⁷⁶

Para revisitar a terminologia jellinekeana, tem-se o Estado positivo (*status civitatis*), no qual — os quatro estados de Jellinek formam uma linha ascendente — o Estado reconhece aos indivíduos a capacidade para, servindo-se das instituições estatais, pretender que o poder público atue em seu favor. Concede-lhes, enfim, prestações jurídicas de caráter positivo.⁵⁷⁷ Afirma-se, nessa configuração, que os direitos sociais configuram direitos através do Estado, e não propriamente direitos em face do Estado.⁵⁷⁸ O Estado não é um mero sujeito obrigado de uma relação jurídica obrigacional, senão um agente promotor do bem-estar social.

Ao modelo histórico de um Estado absenteísta, refratário à responsabilidade na promoção do bem comum, cuja missão precípua consiste em manter a integridade do seu território, a defesa nacional contra as invasões externas, assegurar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do seu patrimônio, agrega-se a busca cada vez maior do social. “O Estado tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos, antes que aos indivíduos.”⁵⁷⁹

Esse modelo constitucional do Estado social, inaugurado no Brasil em 1934, conviveu olímpicamente, anos e anos a fio, com o modelo liberal de propriedade do Código Civil de 1916, o que, entretanto, não é de causar espécie. Entre outras razões, quiçá porque os direitos sociais, cuja exequibilidade já nasceu em crise e assim, de certo modo, se mantém, eram, nos primórdios, mais aspirações a alcançar do que propriamente posições jurídicas subjetivas definidas e justiciáveis; e, sobretudo, porque o direito civil ainda não adquirira (naturalmente) consistência constitucional. Os direitos subjetivos dos indivíduos são reconhecidos em leis ordinárias, cujo conteúdo não deriva materialmente da

⁵⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina, 7ª Edição, 2003, p. 476. (A dimensão objetiva pressupõe a dimensão subjetiva, pela qual “os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjectivos ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade ou exequibilidade imediatas” – Op. cit., p. 476.)

⁵⁷⁷ JELLINEK, Georg. Sistema dei Diritti Pubblici Subbietivi (traduzione italiana riveduta dall'autore sulla seconda edizione tedesca), Società Editrice Libreria, 1912, p. 96.

⁵⁷⁸ KRELL, Andreas Joachim. Op. cit., p. 19.

⁵⁷⁹ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 6ª Edição, Malheiros Editores, 2003, p. 115.

Constituição.⁵⁸⁰ É que o direito privado, no Estado liberal, regula as relações dos indivíduos do ponto de vista da liberdade individual, à margem das relações políticas e constitucionais, tendo, nessa visão, uma primazia material sobre a Constituição.⁵⁸¹

Convivem no ordenamento jurídico, sem incômodos recíprocos, de um lado, o modelo de propriedade liberal — ou, mais propriamente, de domínio, propriedade corpórea — do Código Civil de 1916, de perfil napoleônico-pandectístico, individualista, absoluto e potestativo,⁵⁸² estruturado na concepção do domínio como afirmação de uma vontade dos sujeitos sobre as coisas, e, de outro, o modelo do Estado constitucional social, que subordina a propriedade, componente estrutural e estruturante da ordem econômica, em suas diferentes manifestações, a uma perspectiva social.

A explicação mais prática, entretanto, é de ordem fática: O Brasil, na realidade, nunca praticou em termos o Estado de bem-estar (*welfare state*),⁵⁸³ entendido como aquele que garante “tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade mas como direito político”.⁵⁸⁴ Os cidadãos, independentemente de sua renda, têm o direito de ser protegidos em face de situações de dependência de longa duração, como a invalidez e a velhice, ou de curta duração, como o desemprego, a maternidade, a doença, como ocorreu na Inglaterra nos anos 40,⁵⁸⁵ na qual o *slogan* “participação justa de todos”, dos trabalhistas ingleses, é autoexplicativo.⁵⁸⁶

⁵⁸⁰ GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. Introdução ao Derecho Constitucional y Derecho Privado, de Konrad Hesse, Editorial Civitas, S.A., Primera Edición, p. 11.

⁵⁸¹ HESSE, Konrad, op. cit., p. 38.

⁵⁸² Como já anotado, “uma noção de propriedade não somente resolvida na apropriação individual mas em uma apropriação de conteúdos particularmente potestativos.” (Cf. GROSSI, Paolo. História da Propriedade e Outros Ensaio, tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca, Livraria e Editora Renovar Ltda., 2006, pp. 11- 12.)

⁵⁸³ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., pp. 3, 61 e 73.

⁵⁸⁴ REGONINI, Gloria. Op. cit., p. 416 (citando H.L. Wilensky, 1975).

⁵⁸⁵ Situação em parte assemelhada se dá nos Estados Unidos, na crise da década de 1930, quando, açoitado pelos efeitos devastadores da grande depressão, com milhares de bancos quebrados e o desemprego na casa dos 33% do total da força de trabalho, o Governo Franklin Delano Roosevelt adotou um programa de reforma e reconstrução, o New Deal, que admitia de forma revolucionária, em face da tradição liberal de não intervenção, a intervenção do Estado na economia pela construção de estradas, barragens, aeroportos, portos e habitações populares. Prevendeu-se o sistema capitalista e empreendeu-se a um amplo programa de obras públicas e assistenciais, para reduzir as tensões sociais e a inflação e recuperar o poder aquisitivo da massa popular. (Cf. Gloria Regonini, Op. cit., p. 417; e Edward McNall Burns. História da Civilização Ocidental – tradução de Donaldson M. Garschagen –, Editora Globo, 30ª Edição, Volume 2, p. 709.)

⁵⁸⁶ REGONINI, Gloria. Op. cit., p. 417.

Essas metas sociais, como ressaltam os autores, têm paradoxalmente conduzido o Estado social à sua própria inexecutabilidade, como se fosse acometido de uma moléstia autoimune. O custo crescente das estruturas administrativas, cada vez mais vastas, complexas, mas indispensáveis à prestação dos serviços sociais, compromete uma parcela grandiosa do produto interno bruto destinado à despesa pública, levando o Estado a uma constante crise fiscal;⁵⁸⁷ e, portanto, a uma exaustão de caixa que põe em xeque as políticas de bem-estar social.

A mais disso — i.é., a crescente burocratização da administração pública, dada a necessidade de um corpo funcional para operar os institutos e programas de assistência social —, características outras do Estado social,⁵⁸⁸ como, v.g., a preponderância do Executivo sobre os demais poderes, o que gera uma crise de legitimidade (i); a expansão do intervencionismo estatal na economia, na política sindical, na política salarial e na previdenciária (ii); e a crescente complexidade dos conflitos sociais e aumento das demandas populares (iii) atraem críticas contundentes, entre elas a da corrupção da burocracia da nova elite social de especialistas e tecnocratas; e a do desestímulo às iniciativas econômico-produtivas dos indivíduos, criando legiões de mendigos e aproveitadores.⁵⁸⁹

Numa sociedade baseada na livre concorrência, a política estatal assistencialista seria um desvio moral do princípio de justiça distributiva, pelo qual a cada pessoa, do ponto de vista social, se dá — a honra, as posições, o dinheiro — de acordo com os seus merecimentos.⁵⁹⁰ Trabalho, rendimentos, oportunidades, chances de vida deixariam de ser determinados pelo livre jogo da sociedade, do mercado para reger-se por mecanismos políticos que buscam a prevenção de conflitos, a estabilidade do sistema ou o fortalecimento do Estado.⁵⁹¹

⁵⁸⁷ *Idem*, pp. 417 e 418.

⁵⁸⁸ Também rotulado de Estado Intervencionista, Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), Estado Providência e Estado Assistencial, embora as suas características tópicas variem de Estado para Estado, não tendo, portanto, um conteúdo uniforme.

⁵⁸⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. Elementos para uma Crítica do Estado, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre – 1990, p. 26.

⁵⁹⁰ FLEISCHACKER, Samuel. Uma Breve História da Justiça Distributiva (tradução de Álvaro de Vita), Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 30; e ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco, Martin Claret – Coleção A Obra Prima de Cada Autor, 2004, p.108.

⁵⁹¹ REGONINI, Gloria. Op. cit., pp. 418-419.

Nessa onda crítica, atentaria o Estado de bem-estar contra a liberdade, como um poder de autodeterminação, em virtude do qual o próprio homem, que não pertence a nenhum senhor, escolhe seus comportamentos pessoais.⁵⁹² Havendo, na concepção liberal da livre concorrência, uma correlação necessária entre liberdade e propriedade, a liberdade se coloca como uma forma de justificação da propriedade privada, na medida em que esta constitui um meio eficiente de produzir riqueza, fundamento regido pelo princípio da utilidade,⁵⁹³ promovendo a felicidade humana.

Esse enfoque — interesse e felicidade do homem —, nos últimos anos do século XVIII, foi apropriado pelo influente economista Adam Smith, que observou, na mesma linha do pensamento de Locke, que

A mais sagrada e a mais inviolável de todas as propriedades é a do próprio trabalho, porque ela é o fundamento originário de todas as outras propriedades. O patrimônio de um homem pobre reside na força e na destreza de suas mãos, e impedi-lo de empregar essa força e destreza da maneira mais apropriada, desde que não custe prejuízo a seu próximo, constitui violação manifesta da mais sagrada propriedade. Trata-se de uma flagrante usurpação da lícita liberdade, tanto do trabalhador como dos que estariam dispostos a dar-lhe trabalho; é impedir, a um só tempo, o primeiro de trabalhar no que julga conveniente, e os últimos, de empregar quem melhor lhes pareça.⁵⁹⁴

Para Smith, a propriedade privada demonstrava o seu valor em razão da produtividade, princípio em que se baseou para combater o trabalho escravo, por revelar-se extremamente dispendioso, pois uma pessoa que não possa adquirir a propriedade, sequer sobre o produto do seu trabalho, “não tem outro interesse senão comer o máximo e trabalhar o menos possível. Somente é possível sugar dela qualquer trabalho além do

⁵⁹² RIVERO, Juan e MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas* (tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão), Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 8.

⁵⁹³ “Por princípio da utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade.” (*Jeremy Bentham*, *Princípios da Moral e da Legislação*, Os Pensadores, Abril Cultural, 1979, tradução de Luiz João Baraúna, p. 04.)

⁵⁹⁴ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*, Martins Fontes, 1ª Edição, 2003, 1º Volume, pp. 155-156.

suficiente para comprar a própria manutenção pela violência, nunca por interesse privado”.⁵⁹⁵

Temáticas e discussões dessa similitude, salvo possivelmente no ambiente das academias, são raras ou mesmo desconhecidas no Estado e na sociedade brasileiros, ainda que constitucionalmente (e de longa data) se inscreva o Brasil entre as nações que adotam o Estado de bem-estar social. Como aduz Paulo Bonavides, o constitucionalismo alemão weimariano foi decisivo na forma de Estado social que o constituinte brasileiro estabeleceu em bases formais em 1934, mas esse Estado, em razão de abalos ideológicos e pressões graves de interesses contraditórios ou hostis, tendentes a enfraquecer a eficácia e juridicidade dos direitos sociais, tem permanecido, na maior parte de seus postulados constitucionais, uma simples utopia.⁵⁹⁶

⁵⁹⁵ *Idem*, p. 486.

⁵⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 19ª Edição, Malheiros Editores, 2006, p. 368.

CAPÍTULO III

A PROPRIEDADE FUNDIÁRIA – PERFIL CONTEMPORÂNEO – SISTEMA JURÍDICO PÓS-1988

Sumário: 3.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Constituição de 1988 3.2 Direito Civil-Constitucional – Constitucionalização do Direito Civil 3.2.1 Direito Civil-Constitucional – Identidade Dogmática 3.2.2 Direito Civil-Constitucional – O Desprestígio da Codificação 3.2.3 Direito Civil-Constitucional – Abordagem Crítica 3.2.4 Direito Civil-Constitucional – Repasse da Questão Terminológica 3.2.5 Direito Civil-Constitucional – A Temática da Eficácia 3.3 Prólogo à Função Social da Propriedade 3.3.1 Função Social da Propriedade – Caracterização 3.3.2 Função Social da Propriedade – Panorama Histórico-Evolutivo 3.3.3 Função Social da Propriedade – Recepção Jurídica 3.3.4 Função Social da Propriedade – Reflexões Estratégicas. Noção de Propriedade. Propriedade e Domínio. Propriedade e Propriedades 3.3.5 Função Social da Propriedade – Cenário Brasileiro 3.4 A Ideologia da Segunda Codificação Civil – 2002. A Inversão do Paradigma Patrimonialista 3.5 A Constituição e os Direitos Econômico-Sociais – A Propriedade como Direito de Prestação Positiva 3.6 A Titularidade de um Aporte Vital de Bens e sua Sustentabilidade Jurídico-Constitucional 3.7 Manifestações do Direito à Propriedade 3.7.1 A Desapropriação por Interesse Social 3.7.2 O Desapossamento Social 3.7.3 As Diferentes Modalidades de Usucapião 3.7.4 O Princípio Constitucional do Direito à Moradia 3.7.5 Os Direitos Originários da Tradicional Ocupação das Terras Indígenas. As Comunidades Quilombolas.

3.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Constituição de 1988

A centralidade da pessoa humana, no mundo contemporâneo, tem como que a firmeza teórica e irreversível da verdade revelada, tipificando um consenso da contemporaneidade, embora a sua inserção no plano jurídico, fato histórico recente,⁵⁹⁷ não tenha ocorrido senão em virtude de um longo e complexo processo de limitação do poder político, conquistado pelo indivíduo.

Antes de convolar-se em princípio jurídico, com a sua consagração pelas constituições modernas, incorporado pelo direito positivo das nações civilizadas, a dignidade da pessoa humana expressa fundamentalmente uma concepção filosófica e moral, que, por sua vez, constitui a resultante da dialética histórica da afirmação paulatina do indivíduo em face do Estado. Anota Vieira de Andrade, a propósito dos direitos fundamentais — em cujas fundações estão as noções de pessoa humana e de sua dignidade —, que foi na perspectiva filosófica que eles começaram a existir. Antes de ser instituídos dos ordenamentos positivos ou da prática jurídica das sociedades políticas, constituíram os direitos fundamentais uma ideia do pensamento dos homens, da consciência jurídica da humanidade, ligando-se a sua proto-história ao direito natural.⁵⁹⁸

Enquanto o homem, nos tempos antigos, constituía parte indistinta da sua comunidade,⁵⁹⁹ não poderia haver espaço lógico-conceitual para a individualidade. A espécie humana era vista como um todo, sem nenhuma personificação, havendo como que uma instrumentação dos seres humanos. Aos olhos dos povos gregos e romanos, destaca Miguel Reale:

Só se compreendia a plenitude da personalidade dentro do Estado e pelo Estado, e era tão-somente como membro efetivo de uma comunidade política, participante de seus órgãos diretores em maior ou menor escala, que o homem se revestia da qualidade de cidadão, com a qual se confundia a qualidade de ser livre. Afastado da zona de influência

⁵⁹⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana, *in* Revista Trimestral de Direito Civil, ano 2, volume 9, jan/mar 2002, p. 3.

⁵⁹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 15.

⁵⁹⁹ Permite-se o realce deste aspecto, mesmo já trabalhado em contextos anteriores, considerando-se ser ele como que um “Anjo Gabriel” (decisivo) do embrião das noções hoje familiares — e, porque familiares, parecendo naturais, já não se dá conta da sua luminosidade — de pessoa e de dignidade.

da *polis* ou da *urbs*, o cidadão ficava à mercê das maiores violências, sem a garantia que nasce do respeito devido ao homem enquanto homem.⁶⁰⁰

Indicam os autores, em diferentes perspectivas, os vários segmentos históricos na escalada de avanços e recuos na afirmação da essencialidade do homem, como pessoa humana, dotada de razão e de consciência, e da sua dignidade como atributo intrínseco, em face da sociedade política. O primeiro marco histórico dessa trajetória seria o cristianismo e sua cultura da personalidade, que valoriza o indivíduo em si mesmo, centro do seu pensamento e das suas atitudes, criado à imagem e semelhança de Deus,⁶⁰¹ cuja salvação depende da sua decisão e do seu projeto pessoal de vida. Surge o cristianismo como uma religião cujo Deus se relaciona diretamente com os indivíduos a ele filiados pela crença, e não com a comunidade organizada, como sucedia com as divindades do politeísmo.⁶⁰²

É conhecida e posta em relevo pela doutrina, para enfatizar esse marco da igualdade essencial dos homens, a passagem de Paulo de Tarso na sua carta aos Gálatas, quando, destacando a filiação divina daqueles justificados pela fé e pelo batismo, afirma que “Não há mais nem judeu, nem grego; não há mais nem escravo nem homem livre; não há mais nem homem, nem mulher: todos vós, realmente, sois um só em Cristo Jesus”.⁶⁰³ O universalismo evangélico (a igualdade universal pela filiação divina), no plano sobrenatural,⁶⁰⁴ é levado às últimas consequências.⁶⁰⁵

O homem, em face da doutrina cristã, consigna Miguel Reale, deixa de ser um cidadão, parte indissociável da sua comunidade, e passa a ser considerado como homem, como pessoa, como um valor em si mesmo em face da sua condição, independentemente de

⁶⁰⁰ REALE, Miguel. O Cristianismo e os Problemas do Direito e do Estado, *in* Questões de Direito Público, Editora Saraiva, 1997, pp. 3-4.

⁶⁰¹ Pentateuco, Livro do Gênesis, 1,26.

⁶⁰² MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade da pessoa humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, *in* Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado – Organizador Ingo Wolfgang Sarlet –, Livraria do Advogado Editora, 2ª Edição, p. 113.

⁶⁰³ Carta aos Gálatas, 3,28.

⁶⁰⁴ A igualdade universal daqueles marcados pela filiação divina deve ser compreendida, antes de tudo, num plano transcendente, e não necessariamente e de logo no plano temporal e, sobretudo, material, no qual a trajetória da igualdade continua *in fieri*. A escravidão e a inferioridade da mulher perante o homem, v.g., foram durante muito tempo legitimados pelo cristianismo. (Cf. Fábio Konder Comparato, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, III Edição, Editora Saraiva, 2004, p. 18.)

⁶⁰⁵ COMPARATO, Fábio Konder, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, III Edição, Editora Saraiva, 2004, p. 18.

toda e qualquer consideração de ordem política ou jurídica. Desloca-se o direito do plano do Estado para o plano do indivíduo, na perspectiva do ponto de encontro entre a liberdade e a autoridade. Firma-se a ideia de que o homem, como tal, é possuidor de um núcleo intangível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer.⁶⁰⁶

É possível identificar, anteriormente ao cristianismo, algum destaque para a pessoa humana, mesmo embrionário, ainda entre os estoicos, cujas obras manifestam as ideias de igualdade e de dignidade referidas aos homens em si mesmos, independentemente da sua qualidade de cidadãos. Mas, como lembra Vieira de Andrade — tratando da perspectiva filosófica ou jusnaturalista dos direitos fundamentais —, esses valores, entretanto, eram de difícil entendimento na antiguidade, quando a cidade ou a república, por uma lado, se fundavam na escravidão, instituição em que se perdiam os horizontes da humanidade; e, por outro lado, “absorviam os cidadãos numa moral coletiva exigente e alargada”.⁶⁰⁷ Ao responder negativamente sobre a existência de direitos humanos na antiguidade, lembra Canotilho que Platão e Aristóteles “consideravam o estatuto da escravidão como algo natural”.⁶⁰⁸

Segue-se, portanto, a negativa da ideia de direitos do homem nesse momento histórico, a despeito de nela serem encontradas raízes do humanismo. No cristianismo, diversamente, conforme consigna Miguel Reale, a proclamação do valor distinto da pessoa humana ocorre com um espírito novo, com maior potência acústica do que o individualismo universalista dos filósofos estoicos, que como ideia-força permaneceu “à espera do momento propício para resolver o problema crucial da organização do poder político mediante o mútuo reconhecimento dos direitos ou funções do governo e do povo”.⁶⁰⁹

Na distinção dos seres humanos, afirma-se que possuem eles uma qualidade própria, que lhes é inerente, uma substância única, um atributo intrínseco à espécie humana — a

⁶⁰⁶ REALE, Miguel. O Cristianismo e os Problemas do Direito e do Estado, *in* Questões de Direito Público, Editora Saraiva, 1997, p. 4.

⁶⁰⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, pp. 16-17.

⁶⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina, 7ª Edição, 2003, pp. 380-381.

⁶⁰⁹ REALE, Miguel. O Cristianismo e os Problemas do Direito e do Estado, *in* Questões de Direito Público, Editora Saraiva, 1997, p. 5.

dignidade.⁶¹⁰ A ideia de dignidade pessoal foi concebida originariamente também pelo cristianismo, que reconhece tal imanência a cada indivíduo,⁶¹¹ concepção que costuma ser filiada ao filósofo Severino Boécio, no século VI, que adotou uma definição — da qual se valerá depois Tomás de Aquino para formular a distinção entre existência e essência — de pessoa como “substância individual de natureza racional”.⁶¹²

A ideia original de Boécio é a distinção, que teve grande repercussão na filosofia escolástica, entre o ser (*esse*) e aquilo que é (*id quod est*), aplicável às criaturas. Enquanto em Deus as duas realidades se confundem, nas criaturas elas são distintas: a realidade do ser (*esse*) é a essência universal, a substância segunda; enquanto aquilo que é (*id quod est*) é a substância primeira, o indivíduo dotado das suas características específicas (essenciais) e todas as suas notas particulares (acidentais).⁶¹³ A pessoa deixa de ser uma exterioridade, uma máscara que ressoa a voz do ator (*per sonare*), como no teatro romano, para ser a própria substância do homem, i.é., “a forma (ou a fôrma) que molda a matéria e que dá ao ser de determinado ente individual as características de permanência e invariabilidade”.⁶¹⁴

O iluminismo é indicado como o segundo segmento histórico da afirmação do homem como individualidade — do “sujeito empírico que fala, pensa e quer, ou seja, a amostra individual da espécie humana, tal como a encontramos em todas as sociedades”⁶¹⁵ —, dada a sua crença fervorosa na onipotência da razão humana para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos. O iluminismo expulsa o elemento religioso do centro do sistema do pensamento, conforme o pusera a tradição do jusnaturalismo, e põe o homem no seu lugar, o que desencadeia uma série de consequências para o desenvolvimento da ideia de dignidade humana, entre elas “a preocupação com os direitos individuais do homem e o exercício democrático do poder”.⁶¹⁶

⁶¹⁰ Do latim *dignitas, atis* (mérito, merecimento, virtude, consideração); ou do adjetivo *dignus, a, um* (que merece, que convém, digno, honesto, justo).

⁶¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., pp. 112-113.

⁶¹² “Diz-se propriamente pessoa a substância individual da natureza racional”. (Cf. Fábio Konder Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, III Edição, Editora Saraiva, 2004, p. 19; e Maria Celina Bodin de Moraes, Op. cit., p. 113).

⁶¹³ MONDIN, Battista. *Curso de Filosofia*, Volume 1, Paulus, 12ª Edição, 2003, p. 152.

⁶¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, III Edição, Editora Saraiva, 2004, p. 19.

⁶¹⁵ DUMONT, Louis, Op.cit., p. 37.

⁶¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos Princípios e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição de 1988, *Revista de Direito Administrativo* n. 221, jan/set 2000, p. 160.

Os iluministas, não é novidade, nutrem uma confiança sem limites na razão e pretendem libertar o conhecimento humano de tudo aquilo que não seja conforme a razão, “especialmente se isso provém da tradição e da história”⁶¹⁷ Seu lema audacioso era a frase de Hocácio *sapere aude* (ousa conhecer), que depois foi citada por Kant em sua obra sobre o iluminismo,⁶¹⁸ que a traduzia por “tem coragem de usar teu próprio intelecto”.⁶¹⁹ Observe-se, com Canotilho, que as concepções cristãs medievais, notadamente o direito natural tomista, abriram o caminho para a submissão do direito positivo às normas do direito natural, fundadas na natureza dos homens; e que “foi a secularização do direito natural pela teoria dos valores objetivos da escolástica espanhola ...” que, substituindo a vontade divina pela “natureza ou razão das coisas”, deu origem a uma concepção secular de direito natural, em face da qual os preceitos da *rectae rationis*, “desvinculados do peso metafísico e nominalístico, conduzirão à ideia de direitos naturais do indivíduo e à concepção de direitos humanos universais”.⁶²⁰

A extensão da razão humana, onipotente, como diretriz de todos os espaços da experiência humana, a despeito do mérito que possa ter tido na afirmação da pessoa humana, não se mostrou tão resistente à prova histórica, haja vista as recorrentes desavenças entre as nações civilizadas, hoje e ontem, das quais são emblemáticas as duas grandes guerras mundiais, num autêntico ocaso das luzes da razão. Bem distante da harmonia pensada e buscada pelos *philosophes*, afirmam os pensadores da Escola de Frankfurt que “os iluministas pagam sua conquista do domínio da natureza com a alienação da própria natureza”.^{621/622}

Adverte Horkheimer, por todos, que jamais a razão dirigiu verdadeiramente a realidade social, “mas hoje está tão completamente expurgada de quaisquer tendências ou preferências específicas que renunciou, por fim, até mesmo à tarefa de julgar as ações e o

⁶¹⁷ BINETTI, Saffo Testoni. Iluminismo, in Dicionário de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Editora UnB, 10ª Edição, p. 606.

⁶¹⁸ “Was ist Aufklärung?” – de 1784.

⁶¹⁹ ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p.868.

⁶²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina, 7ª Edição, 2003, p. 382.

⁶²¹ BINETTI, Saffo Testoni. Op. cit., p. 611.

⁶²² “A relação entre o iluminista e a natureza foi comparada à existente entre o ditador e o homens: o ditador conhece os homens na medida em que é capaz de os manipular. Também o cientista conhece as coisas na medida em que as pode manipular, mas isso implicaria a transformação da sua essência em mero substrato de um domínio total.” (Cf. Saffo Testoni Benetti, op. cit., p. 611.)

modo de vida do homem. Entregou-os à sanção suprema dos interesses em conflito aos quais nosso mundo parece estar realmente abandonado.”⁶²³ Prossegue a cáustica observação do ilustre pensador: “Quanto mais emasculado se torna o conceito de razão, mais facilmente se presta à manipulação ideológica e à propagação das mais clamorosas mentiras.”⁶²⁴

Apontam os autores como o terceiro momento histórico da elaboração teórica do conceito de pessoa — sujeito de direitos universais, anteriores e superiores à sociedade política — a filosofia kantiana, para a qual o homem, como ser racional, existe como fim em si mesmo, dispondo de uma dignidade ontológica, e não como meio, não podendo ser convertido em objeto de processos estatais. O homem representa necessariamente a sua própria existência. “A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito a vida.”⁶²⁵

Para Kant, somente o ser racional detém a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios. A representação de um princípio objetivo se formula por um imperativo, que pode ser hipotético, quando representa “a necessidade prática de uma ação possível, considerada como meio de se conseguir algo desejado”; ou categórico, quando “representa uma ação como sendo necessária por si mesma, sem relação com finalidade alguma, exterior a ela.”⁶²⁶ Os imperativos, portanto, são fórmulas para exprimir a relação entre as leis objetivas do querer geral e a vontade humana. No primeiro, a ação é boa como meio para qualquer outra coisa, tendo em vista algum propósito possível ou real; no segundo, a ação é representada como boa em si mesma.⁶²⁷

Na filosofia kantiana, o imperativo categórico, expresso na sentença “Age de tal forma que a máxima da tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação universal”, desdobra-se em três outras máximas morais — a que corresponde à universalidade da conduta ética: “Age como se a máxima da tua ação

⁶²³ HORKHEIMER, Max. *Eclípe da Razão*, Centauro Editora, 5ª Edição, agosto/2003, p. 18.

⁶²⁴ *Idem*, p. 32.

⁶²⁵ SILVA, José Afonso da. *A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia*, in *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, abr/jun 1998, p. 90.

⁶²⁶ COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, III Edição, Editora Saraiva, 2004, p. 21.

⁶²⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*, Editora Martin Claret, 2005. p. 45.

devesse ser erigida por tua vontade”; a que afirma a dignidade dos seres humanos como pessoas: “Age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio”; e a que exprime a separação entre o reino natural das coisas e o reino dos fins: “Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais”.⁶²⁸

No mundo social militam duas categorias de valores: o preço e a dignidade. O preço tipifica um valor exterior e expressa algo relativo ao mercado, na perspectiva das inclinações e das necessidades do homem. O que tem preço existe como meio e pode ser substituído por algo equivalente. A dignidade, contrariamente, representa um valor interior, é superior a qualquer preço e não se concilia com algo equivalente. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade. O homem jamais pode ser reificado, tratado como coisa, instrumentalizado e transformado em meios para alcançar quaisquer fins;⁶²⁹ não pode ser convertido em processos estatais ou particulares. Eis, a propósito, as palavras do próprio Immanuel Kant:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. O que diz respeito às inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial; o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem finalidade alguma, de nossas faculdades, tem um preço de afeição ou de sentimento; mas o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo de preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade.⁶³⁰

Afirma-se, entretanto, que o acordo sobre as palavras “dignidade da pessoa humana” não esconde o grande desacordo sobre o seu real significado; e que a sua

⁶²⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 115; e KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos, Editora Martin Claret, 2005, pp. 51, 52, 54, 67, 68 e 60.

⁶²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 115-116; e SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia, *in* Revista de Direito Administrativo, n. 212, abr/jun 1998, pp. 90-91.

⁶³⁰ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos, Editora Martin Claret, 2005, p. 65.

concepção insular, ainda dominante, fundada no homem como razão, vontade e autoconsciência, tornou-se insuficiente.⁶³¹ Em conformidade com essa concepção, insular e dualista, o homem, no reino dos fins, e a natureza, no reino das coisas, estão em níveis diferentes. Não se encontram; são, respectivamente, sujeito e objeto.⁶³²

Em outra visão, monista, fundada na ética do homem como ser integrado à natureza, participante especial do fluxo vital, sua nota específica não está na razão e na vontade, senão na capacidade do homem de sair de si e reconhecer no outro um igual. Existe, na visão monista, inversamente, um *continuum* entre o homem e a natureza. Na visão dualista, a dignidade é vista como autonomia individual; na monista, o ser humano faz parte da natureza, e a dignidade é uma “qualidade do ser vivo, capaz de dialogar e chamado à transcendência.”⁶³³ Há entre os seres vivos “um crescendo de complexidade e o homem é o último elo da cadeia. A natureza como um todo é um bem. E a vida, o seu valor.”⁶³⁴ Os animais não humanos e as espécies vegetais não são apenas coisas brutas sujeitas ao arbítrio e à disposição do homem, na sua dignidade; são, mui diversamente, partes essenciais da vida no planeta e, como tais, sujeitos a uma legislação protetora.

Esse evoluir teórico da concepção de pessoa humana, encimado pela visão kantiana de homem,⁶³⁵ axioma da cultura do mundo ocidental, levou a que, nos albores do século XX, a concepção humanista se transformasse no patrimônio comum do chamado mundo civilizado, passando a influenciar os documentos constitucionais,⁶³⁶ tendo como momentos históricos decisivos as duas guerras mundiais.

⁶³¹ “O trecho de Kant nos Fundamentos da metafísica dos costumes é muito citado porque, a todos os personalistas, agrada a ideia do homem como fim, e nunca, como meio. Isto está bem, mas Kant, além dos erros filosóficos de negar valor em si à natureza e à vida em geral e de incluir os animais entre as ‘coisas’... expressa a ideia de pessoa como fim, sem ligação lógica com a moral formal que ele sustenta com base no imperativo categórico.” (Cf. Antonio Junqueira de Azevedo, Op. cit., p. 12, nota n. 15.)

⁶³² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit., p. 5.

⁶³³ Idem, p. 5.

⁶³⁴ Idem, *ibidem*, p. 5.

⁶³⁵ Assevera Fábio Konder Comparato que a elaboração teórica do conceito de pessoa teve outros momentos além da filosofia kantiana: o quarto momento estaria na descoberta do mundo dos valores (cujo prenúncio está em Kant), com a consequente transformação dos fundamentos da ética “O homem é o único ser vivo que dirige a sua vida em função de preferências valorativas. Ou seja, a pessoa humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas.” O quinto momento seria a filosofia da vida e o pensamento existencialista, acentuando “o caráter único e, por isso mesmo, inigualável e irreproduzível da personalidade individual.” (Cf. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, III Edição, Editora Saraiva, 2004, pp. 24, 26 e 27.)

⁶³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 161.

É crescente, a partir da Primeira Guerra, a preocupação com os denominados direitos sociais, em cujo substrato está a noção de dignidade da pessoa, que paulatinamente foram recebidos nos textos constitucionais. Todavia, o momento histórico mais marcante na trajetória da noção de dignidade, no consenso dos autores, é constituído, paradoxalmente, pelas trágicas ocorrências vividas pela humanidade na Segunda Guerra. Ainda choca “a terrível facilidade com que milhares de pessoas (...) abraçaram a ideia de que o extermínio puro e simples de seres humanos podia consistir em uma política válida de governo”.⁶³⁷ A consciência civilizada, abalada nas suas convicções, despertou para um novo tipo de relacionamento entre os seres humanos, baseado na solidariedade.⁶³⁸

Numa resposta aos crimes praticados durante a Guerra, sobretudo pelo regime nazifacista, a consciência civilizada, como que num vazio espiritual e perplexa em face da banalidade do mal, assimilou o conceito de “humanidade” como coletividade, como tal merecedora de proteção jurídica.⁶³⁹ Dá-se, de algum modo, um retorno ao direito natural, o qual, na anotação de Franz Wieacker, constitui uma questão permanente do homem teórico acerca do seu papel na sociedade e cuja tradição é sempre invocada nos momentos em que a ordem jurídica perde a sua persuasão e a sua plausibilidade espiritual em relação ao seu tempo.⁶⁴⁰

A chave de compreensão histórica da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, ao longo da história, ressalta Fábio Comparato:

... tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos.⁶⁴¹

⁶³⁷ *Idem*, p. 161.

⁶³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, pp. 138-139.

⁶³⁹ *Idem*, p. 139.

⁶⁴⁰ WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 281.

⁶⁴¹ COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, III Edição, Editora Saraiva, 2004, p. 37.

No influxo desses sentimentos, a tábua axiológica das constituições promulgadas no século XX passa a refletir prioritariamente a afirmação da pessoa humana e a dignidade que lhe é imanente como valores fundamentais, e não mais “a vontade individual, o suporte fático-jurídico das situações patrimoniais que importava regular”.⁶⁴² Nos auspícios da filosofia kantiana, há um valor relativo das coisas contraposto ao valor absoluto da dignidade humana.

Foi a Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, que, de forma pioneira no mundo, deu à dignidade da pessoa humana a estatura expressa de direito fundamental, ao proclamar que “A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais” (art. 1º, n. 1). O povo alemão, vulnerado na sua dignidade pelos horrores do Estado nazista e pelos crimes políticos perpetrados contra a humanidade, sob as razões de Estado, deu um inédito salto na constitucionalização do princípio.⁶⁴³

Ganham espaço e projeção a humanidade, na inspiração kantiana, como “natureza racional do homem, dotada de dignidade e, portando, fim para si mesma”;⁶⁴⁴ e o humanismo, pondo o homem como ponto de partida e centro de construção e de perspectiva de toda a realidade.⁶⁴⁵ Nesse ideário, mais recentemente, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, aprovada em Nice – França, em 7 de dezembro de 2000, é inaugurada com o capítulo sobre a dignidade, envolvendo a “Dignidade do ser humano” (artigo 1º), o “Direito a vida” (artigo 2º), o “Direito a integridade do ser humano” (artigo 3º), a “Proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos e degradantes” (artigo 4º) e a “Proibição de escravidão e do trabalho forçado” (artigo 5º).

A dignidade da pessoa humana eleva-se “a trave mestra de sustentação e legitimação” do sistema político e da “respectiva compreensão da organização do poder político”.⁶⁴⁶ Nessa tendência dos documentos constitucionais do segundo pós-guerra, a Constituição italiana de 1947, conquanto não fizesse uso da expressão “dignidade da pessoa humana”, dissera que “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais

⁶⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p.139.

⁶⁴³ SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia, in Revista de Direito Administrativo, n. 212, abr/jun 1998, p. 89.

⁶⁴⁴ NICOLA, Abbagnano. Op. cit., p. 518.

⁶⁴⁵ NOGARE, Pedro Dalle. Humanismos e Anti-Humanismos, Editora Vozes, 1994, 13ª edição, p.16.

⁶⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa – Anotada, 1ª Edição brasileira e 4ª Edição portuguesa, Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2007, p. 198.

perante a lei sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais” (art. 3º, 1ª parte).

Antes disso, em 1945, o preâmbulo da Carta das Nações Unidas já adotara, em sentido jurídico, a expressão “dignidade e valor do ser humano”, anteriormente utilizada pela filosofia kantiana em sentido ético. Pouco depois, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem anunciara ao mundo, em seu primeiro considerando, que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”; e, no art. 1º, que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Seguiram-se, na mesma tendência, as constituições do século XX,⁶⁴⁷ merecendo destaque o caso de Portugal, cuja revolução de abril de 1974, coroando a longa resistência do povo português, destronou a ditadura salazarista e restituiu aos portugueses os direitos e liberdades fundamentais. Numa admirável virada histórica, a sociedade portuguesa, ao tempo em que se libertava da opressão e do colonialismo, elaborou sua Constituição de 1976, cujo art. 1º anunciou que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade de pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Em anotações à Constituição portuguesa, Canotilho e Vital Moreira afirmam, sobre as bases da República, que “primeiro está a pessoa humana e depois a organização política” e que “a pessoa é sujeito e não objeto, é fim e não meios de relações jurídico-sociais”. A dignidade da pessoa humana — prosseguem — ergue-se como uma linha divisória “de fronteira (‘valor-limite’) contra totalitarismos (políticos, sociais, religiosos) e contra experiências históricas de aniquilação existencial do ser humano e negadoras da dignidade da pessoa humana (escravatura, inquisição, nazismo, estalinismo, polpotismo, genocídios étnicos)”⁶⁴⁸.

⁶⁴⁷ Estipula o art. 10 da Constituição espanhola que “A dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social.”

⁶⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 198.

Consagrada a dignidade da pessoa humana nos planos internacional e interno como valor maior dos ordenamentos jurídicos e princípio gerenciador da atuação estatal e dos organismos internacionais,⁶⁴⁹ diversa não foi a opção do constituinte brasileiro de 1988, depois do longo período de governo sob o regime militar, no qual muitos desatinos foram perpetrados contra a pessoa humana. A Constituição de 1988, nas pegadas da Carta portuguesa, dispõe que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos — de par com a soberania, a cidadania, o pluralismo político e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa — “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, *caput* e inciso III).

Em face da Constituição, portanto, a dignidade da pessoa humana constitui, nos termos de Canotilho e Vital Moreira, “uma dimensão fundante da ordem de direitos fundamentais”.⁶⁵⁰ Retrata um valor supremo que se põe nos alicerces de toda vida nacional e que atrai para a sua força modeladora o conteúdo de todos os direitos fundamentais. Na perspectiva individual,⁶⁵¹ a dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos consagrados constitucionalmente, “quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e dos direitos a prestações sociais”.⁶⁵²

Nessa explicitação, prevê a Constituição de 1988, *v.g.*, entre outros indicadores do conteúdo normativo, que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna (art. 170); que a ordem social busca a realização do bem-estar e a justiça sociais (art. 193); que a educação, direito de todos e dever do Estado, busca o pleno desenvolvimento da pessoa para o exercício da cidadania (art. 205); que o planejamento familiar, livre decisão do casal, está fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º); e que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, entre outros direitos, o direito a dignidade (art. 227, *caput*).

⁶⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 162.

⁶⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, p. 472.

⁶⁵¹ Destaca Vieira de Andrade que a dignidade da pessoa humana há de ser interpretada como referida a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminações (universal) e a cada homem como ser autônomo (livre). (Cf. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*, 3ª Edição, Almedina, p.101.)

⁶⁵² ANDRADE, José Carlos Vieira. *Op. cit.*, p. 102.

Positivada constitucionalmente, a dignidade da pessoa humana não constitui, naturalmente, uma criação constitucional, “pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”.⁶⁵³ Mas como, no dizer de Junqueira de Azevedo, “o direito do século XXI não se contenta com os conceitos axiológicos formais, que podem ser usados retoricamente para qualquer tese”,⁶⁵⁴ o grande desafio é saber o que efetivamente significa a dicção do art. 1º do texto constitucional brasileiro, de que a dignidade da pessoa humana constitui um princípio fundamental.

É pertinente, para começar a busca do significado jurídico da dignidade da pessoa humana, um rápido recuo técnico à dogmática civilística, na qual se venceu uma dificuldade de ordem lógico-científica que hoje lhe serve de pressuposto: situando-se os direitos fundamentais basicamente, ou em grandes espaços de coincidência, no âmbito dos direitos da personalidade⁶⁵⁵ e sendo esta considerada indecomponível, questionava-se se alguém, ou uma entidade, poderia ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de um direito. A personalidade era considerada somente na sua globalidade, sem nenhuma fragmentação dos seus diferentes aspectos — vida, integridade psicofísica, identidade, intimidade etc. Enquanto não se encontrou uma resposta a esse desafio, em ordem a considerar como objeto dos direitos da personalidade, não a sua totalidade, senão os seus diferentes aspectos, os códigos — e assim sucedeu com o Código Civil de 1916 — não continham capítulo sobre os direitos da personalidade.⁶⁵⁶

Considerava-se que, sendo a personalidade um valor fundamental, e não um direito, a tutela da pessoa não poderia “ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si”, mas devendo “ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da

⁶⁵³ SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia, in Revista de Direito Administrativo, n. 212, abr/jun 1998, p. 91.

⁶⁵⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit., p. 8. (Em interessante passagem, ressalta o autor, ainda na p. 8, que “mal o séc. XX se livrou do vazio do ‘bando dos quatro’ – os quatro conceitos jurídicos indeterminados: função social, ordem pública, boa-fé, interesse público –, preenchendo-os, pela lei, doutrina e jurisprudência, com alguma diretriz material, eis que surge, agora, no séc. XXI, problema idêntico com a expressão ‘dignidade da pessoa humana!’”.)

⁶⁵⁵ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Coimbra Editora, Tomo IV, 4ª Edição, 1988, pp. 55 – 59; e KONRAD, Hesse. Op. cit., p. 74.

⁶⁵⁶ ALVES, José Carlos Moreira – Jornada de Direito Civil, Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários. Conferência Inaugural, Brasília – 2003, p. 25.

pessoa.”⁶⁵⁷ Valor fundamental do ordenamento, dizia-se que a personalidade estava na base “de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela”⁶⁵⁸, dada a unidade do valor envolvido, mesmo que não ostente o formato de direito subjetivo.

Sendo o direito subjetivo elaborado numa tradição patrimonialista, sobre a categoria do “ter”, tendo seu objeto uma expressão econômica, tal categoria seria imprestável aos direitos da personalidade, ancorados na categoria do “ser”, “na qual não existe a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica.”⁶⁵⁹ A resposta adveio com a concepção atomística dos direitos da personalidade, pela qual a personalidade não é encarada na sua globalidade, mas nos diferentes aspectos como se apresenta na sua dinâmica prática.⁶⁶⁰

Aquele absolutismo ético, em verdade, não chegava a ser necessário à configuração (chegava mesmo a dificultar a proteção a tais direitos), menos ainda à proteção dos direitos da personalidade, cujas manifestações concretas, ou suas expressões mais qualificantes, todas interdependentes — não se trata, entretanto, de interesses autônomos, descolados da unidade do valor da pessoa —, podem e devem, em conjunto ou separadamente, ser consideradas como objeto dos direitos da personalidade, na perspectiva de uma cláusula geral de tutela da pessoa, quer para exigir que cesse a atividade detrimetosa do direito, para que não provoque danos (ação inibitória), fora da tradição patrimonialista do direito subjetivo, quer nos domínios dessa tradição, para pedir a reparação do dano já sofrido, em ação de perdas e danos.⁶⁶¹

Adverte José Afonso da Silva — retorne-se, firmada a premissa, ao exame do significado (e conteúdo) da dignidade da pessoa humana enquanto princípio fundamental republicano —, na perspectiva de evitar-se um conceito assaz rarefeito, que a dignidade da pessoa humana não é um princípio constitucional fundamental, senão um conceito que modela a estruturação do ordenamento constitucional. Cuida-se de um fator fundante da República, de um valor supremo, que exerce como que um tropismo sobre o conteúdo de

⁶⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. Op.cit., p.155.

⁶⁵⁸ *Idem*, pp. 155-156.

⁶⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 155.

⁶⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 154.

⁶⁶¹ *Idem, ibidem*, pp. 154-156.

todos os direitos fundamentais do homem, a iniciar-se pelo direito à vida. É de conferirem-se, *ipsis litteris*, as suas palavras:

Apenas convém esclarecer que não se trata de um princípio constitucional fundamental. E fazemos esse esclarecimento, porque, a partir da promulgação da Constituição de 1988, a doutrina passou a tentar enquadrar tudo nesse conceito, sem atinar que ele é um conceito que se refere apenas à estruturação do ordenamento constitucional, portanto mais limitado do que os princípios constitucionais gerais, que envolvem toda a ordenação jurídica.⁶⁶²

No estudo do significado e do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, os autores costumam destacar o seu caráter vago, impreciso e mesmo ambíguo, advertindo que se deve evitar a generalização absoluta, em ordem a ser utilizado como razão jurídica de todo e qualquer direito fundamental: “Levada ao extremo, essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão completo que torna impossível qualquer aplicação sua”.⁶⁶³ Não há como negar — destaca Ingo Sarlet — “que uma definição clara do que seja efetivamente esta dignidade não parece ser possível, uma vez que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos”.⁶⁶⁴

Não se cuida, todavia, como assinala Canotilho, de um conceito fixista, invariável e abstrato. “Trata-se do *princípio antrópico* que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto individual (*plastes et fctor*).”⁶⁶⁵ O conteúdo da dignidade da pessoa humana, visto no seu elemento nuclear, radica-se primordialmente na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa, no seu plano individual. Nas palavras de Gavara de Cara, forte em Günter Dürig, a dignidade humana expressa “uma especificação material independente de qualquer tempo e espaço que consiste em

⁶⁶² SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia, *in* Revista de Direito Administrativo, n. 212, abr/jun 1998, p. 91.

⁶⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 119.

⁶⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 7ª Edição, Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 117.

⁶⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina, 7ª Edição, 2003, p. 225.

considerar como pertencente a cada pessoa um espírito impessoal, que a capacita a adotar suas próprias decisões sobre si mesmo, sobre sua consciência e sobre a configuração do mundo que a rodeia.”⁶⁶⁶

Conquanto ainda não se tenha cunhado um conceito de dignidade da pessoa humana razoavelmente denso em si mesmo, como garantia positiva, menos poroso e infenso à infiltração de noções contíguas, de toda forma dúvida não resta na identificação daquelas situações nas quais ela não é concretamente respeitada. O princípio é visto como uma garantia negativa pela qual a pessoa não será objeto de ofensas e humilhações. Embora a sistemática peque por não definir antes o que deve ser protegido, pode-se afirmar que a dignidade é vulnerada sempre que a pessoa concreta — o indivíduo individualizado — “seja rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, na descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos.”⁶⁶⁷ A dignidade da pessoa “não está garantida se o indivíduo é humilhado, discriminado, perseguido ou depreciado.”⁶⁶⁸

Na identificação dessas situações, e numa perspectiva aberta, avulta a tarefa da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência, considerando-se imprescindível o manejo de casos concretos para se obter a aproximação com o conceito de dignidade da pessoa humana. Dá-se uma elevação dos fatos ao modelo conceitual. A noção é preenchida de baixo para cima, modelando-se os contornos do conceito com o material da ordem jurídica infraconstitucional.⁶⁶⁹ Aos juízes é que incumbe o primeiro embate com as solicitações empíricas, sendo os primeiros a sentir as mudanças sociais. Estão eles, em face dessas demandas e pelo poder jurisdicional do qual estão investidos, “aptos a atribuir-lhes, através de suas decisões, respostas normativas.”⁶⁷⁰

⁶⁶⁶ DE CARA, Juan Carlos Gavara. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo (La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales em la Ley Fundamental de Bonn)*, Centro de Estudios Constitucionales, p. 219.

⁶⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 121. (Referindo-se à fórmula desenvolvida na Alemanha por Günter Dürig.)

⁶⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001 – tradução de Ernesto Garzón Valdés –, p. 345.

⁶⁶⁹ *Idem*, p. 117. (E especialmente a nota n. 272, que faz alusão à lição de Peter Häberle, que adota essa visão da questão.)

⁶⁷⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *In* *Direito, Estado e Sociedade*, Volume 9, n. 29, julho – dezembro/2006, p. 239.

Na reflexão de Joaquín Almguea — sobre a violência de gênero como violação da dignidade humana —, a complexa história da luta pelo reconhecimento da dignidade humana é também a história da progressiva fixação do conceito de dignidade da pessoa, que deita raízes no mundo antigo e no mundo medieval, mas cujo debate alcança seu máximo desenvolvimento na modernidade, com o desenvolvimento da categoria de pessoa individual. A noção de dignidade surge, em princípio, vinculada à diferenciação do homem do resto da natureza, à imagem e perfeição do homem como características essenciais da pessoa humana, ideia que se conecta ao princípio religioso da origem divina do homem, criado à imagem e semelhança de Deus, com uma posição de soberania em relação à natureza e autoridade sobre as demais criaturas da face da Terra.

Os séculos XVII e XVIII — prossegue o autor — representam um passo gigante na consolidação individualista do homem e da formação da sua personalidade moral; e repassam, na afirmativa de Voltaire, os atributos da igualdade básica de todos os homens pelo fato de serem homens; da liberdade, entendida como a liberdade moral; da prudência, da deliberação racional e da capacidade política como notas essenciais do ser humano, que, assim, passa a constituir o centro do mundo.

Consigna, outrossim, que a Constituição francesa de 1791 fazia a distinção entre cidadãos ativos — varões maiores de idade e proprietários — e cidadãos passivos, entre os quais se situavam os varões não proprietários e as mulheres; e que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, revestia-se de uma falsa universalidade ao referir-se apenas ao “homem”, ensejando o aparecimento, em 1791, de uma provocativa Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã, que reconhecia importantes direitos à mulher, se bem que com poucos resultados. A autora do documento, Olympe de Gouges, foi guilhotinada em 1793!⁶⁷¹

A dignidade da pessoa humana é algo que existe. Conceito *a priori*, expressa uma qualidade intrínseca da pessoa, irrenunciável e inalienável, não se tratando de algo que possa ser reconhecido ao homem como reconhecimento de uma pretensão. Cuida-se “de

⁶⁷¹ CARRERES, Joaquín Almguea. La violencia de Género como vulneración de la dignidad humana. DESAFÍOS ACTUALES A LOS DERECHOS HUMANOS: LA VIOLENCIA DE GÉNERO, LA INMIGRACIÓN E LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” – Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2005, pp. 51, 53 e 55.

elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”.⁶⁷² Segundo observa Robert Alexy, o Tribunal Constitucional da Alemanha resume a sua concepção sobre a imagem da pessoa numa fórmula pela qual “à norma da dignidade da pessoa humana subjaz a concepção da pessoa como um ser ético-espiritual que aspira a determinar-se e a desenvolver-se a si mesma em liberdade”.⁶⁷³ E enfatiza que a Lei Fundamental não concebe esta liberdade como sendo a de um indivíduo isolado e totalmente senhor de si mesmo, senão como a liberdade de um indivíduo referido a uma comunidade e a ela vinculado.⁶⁷⁴

A persistente abertura do conceito de dignidade da pessoa humana tem propiciado, às vezes, situações nas quais o preceito constitucional que a consagra é invocado para a defesa de pretensões em nome da defesa da vida, porém diametralmente opostas, em uma das quais a vida, real ou em potencial, necessariamente terá que sucumbir, o que demonstra a necessidade de aprofundamento do conceito: *v.g.*, a defesa ou a proibição da eutanásia, do abortamento, da manipulação de embriões, da pena de morte.⁶⁷⁵

Um exemplo dessa proteção paradoxal da vida ocorreu na França, onde o plenário da Corte de Cassação deferiu a Nicolas Perruche, de 17 anos, deficiente físico e mental, cuja mãe contraíra rubéola no segundo mês de gravidez, indenização pelo fato de ter nascido! Admitiu a Corte que, não fora a conjugação de um duplo erro — do médico e do laboratório, que não diagnosticaram a rubéola, em face da qual a mãe teria recorrido ao aborto terapêutico —, teria Nicolas sido abortado. A indenização, portanto, teve como causa o fato de Nicolas não ter sido abortado (perda de uma chance), *i.é.*, a proteção da dignidade da pessoa humana, para a Corte de Cassação, estaria no fato de não existir.⁶⁷⁶

Ressalvadas naturalmente as hipóteses de penalidades legais legalmente previstas, e constitucionalmente autorizadas, aplicadas segundo o devido processo legal, nem mesmo

⁶⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 118.

⁶⁷³ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 345.

⁶⁷⁴ *Idem*, p. 345.

⁶⁷⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. Cit., p. 7; e BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit., p. 177.

⁶⁷⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. Cit., pp. 148-49. (A autora se reporta ao inteiro teor do acórdão, *in* <http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701arr.htm> – acesso em 20 de julho de 2001; e lembra que o precedente contrariou a jurisprudência do Conselho de Estado, segundo o qual “la naissance ou la suppression de la vie ne peut être considéré comme une chance ou une malchance dont on peut tirer de conséquences juridiques” – O nascimento ou a supressão da vida não podem ser considerados como sorte ou azar dos quais se possa tirar consequências jurídicas.)

um comportamento indigno — um crime hediondo, v.g. — priva o homem da sua dignidade, dos seus direitos fundamentais.⁶⁷⁷ O homem não decai da sua dignidade quando comete um crime, por mais grave que seja em face da lei, ou mais reprovável que pareça aos olhos da sua comunidade. A dignidade da pessoa humana é incompatível com a pena capital. “Nenhuma justificativa de utilidade pública ou reprovação social pode legitimar a pena de morte.”⁶⁷⁸ O caráter irrenunciável da dignidade da pessoa humana pode ser oposto a ela própria. Praticar a eutanásia, v.g., por vontade expressa do interessado, implicaria a ausência de valor intrínseco na vida do paciente e, portanto, a ideia de que algumas vidas não valem mais ser vividas!⁶⁷⁹

Observa Junqueira de Azevedo que o pressuposto de um princípio não é uma consequência desse princípio. E que, conquanto a concretização de um princípio, tal, v.g., como a dignidade da pessoa humana, demande sempre um trabalho de modelação,⁶⁸⁰ até mesmo para compatibilizá-la com a dignidade de uma pessoa — o que implica maior ou menor intensidade na concretização —, o pressuposto (a vida é condição de existência) desse princípio não admite atenuação. O preceito da intangibilidade da vida humana, segue-se, não comporta exceção; é absoluto. A decisão de praticar a eutanásia, v.g., ainda que nominalmente amparada pela vontade do paciente, é sempre e essencialmente um resultado de um juízo de valor sobre a qualidade da vida.⁶⁸¹

A fixação do conteúdo da dignidade da pessoa humana, portanto, constitui um constante desafio para a doutrina e para a jurisprudência. Como foi visto, é pelo manejo de casos concretos, mediante ponderação, que se dá a modelação efetiva do conceito de dignidade da pessoa humana, valor supremo que está na base de todos os direitos

⁶⁷⁷ SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia, *in* Revista de Direito Administrativo, n. 212, abr/jun 1998, p. 93.

⁶⁷⁸ COMPARATO, Fábio Konder, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, III Edição, Editora Saraiva, 2004, p. 31.

⁶⁷⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op. cit.*, p. 15.

⁶⁸⁰ Essa modelação, em outros termos, corresponde à ponderação a que se refere Robert Alexy, para quem a aplicação de um princípio (comando de otimização) pode ser restringida por outro princípio, embora deva ser preservado um mínimo sem o qual o princípio resta violado. No caso da dignidade da pessoa humana, procede o autor à ponderação em face da separação de poderes, dos direitos de terceiros e da competência do legislador democrático, para concluir que os três vetores terminam por restringir a dignidade em certa medida, restando, no entanto, um mínimo essencial para a existência humana como comando normativo do princípio, que pode ser exigido. (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001 – tradução de Ernesto Garzón Valdés –, pp. 494-501.)

⁶⁸¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op. cit.*, pp. 14 e 15.

consagrados constitucionalmente, mas nem sempre nos mesmos graus de vinculação. Alguns, como os direitos pessoais ligados à personalidade (direito à vida, à integridade pessoal, à identidade, à liberdade física e de consciência) constituem explicitações mais intensas da dignidade, chamadas de primeiro grau. Outros, relacionados mediamente à essência da dignidade dos homens concretos e ligados mais a circunstâncias sociais, econômicas, políticas e ideológicas (os direitos sociais e culturais), traduzem uma explicitação menos intensa — de segundo grau.⁶⁸²

Em face da Constituição brasileira, que consagra a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República (estruturação do ordenamento constitucional), e não propriamente no elenco dos direitos e garantias fundamentais,⁶⁸³ apontam-se como algumas de suas manifestações, na perspectiva da garantia positiva⁶⁸⁴ – a dignidade como dimensão aberta e carecedora de prestações —,⁶⁸⁵ o direito à educação fundamental universalizada,⁶⁸⁶ o direito à saúde mínima (art. 196)⁶⁸⁷ e o direito à assistência pelos desamparados (art. 6º).⁶⁸⁸

Numa perspectiva positivo-negativa, apontam-se como expressões jurídicas da dignidade humana: a) a igualdade,⁶⁸⁹ expressa no direito de não receber nenhum tratamento discriminatório e de ter direitos iguais aos dos demais;⁶⁹⁰ b) a integridade psicofísica,

⁶⁸² ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa, 3ª Edição, Almedina, p.102.

⁶⁸³ SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia, *in* Revista de Direito Administrativo, n. 212, abr/jun 1998, p. 91; e SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 123.

⁶⁸⁴ A dignidade da pessoa humana, segundo já se observou, representa, antes de tudo, uma garantia negativa pela qual a pessoa humana não pode ser objeto de processos sociais, não pode ser tratada como coisa, como instrumento, humilhada, discriminada, depreciada.

⁶⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 199.

⁶⁸⁶ Cf. Art. 30, VI (educação fundamental e educação infantil a cargo, sobretudo, dos municípios); Art. 205, que reza ser a educação direito de todos e dever do Estado e da família; e Art. 208, que especifica os deveres do Estado com a educação.

⁶⁸⁷ Art. 196 – “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

⁶⁸⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., pp. 182-186.

⁶⁸⁹ Em torno da igualdade é que mais ocorrem os chamados casos difíceis (*hard cases*), nos quais são manejados princípios, sob ponderação, com sacrifício de um direito igualmente fundamental, e cuja decisão nem sempre satisfaz o sentimento pessoal de justiça do intérprete. (Cf. Maria Celina Bodin de Moraes. Op. cit., p. 122.)

⁶⁹⁰ As vítimas da discriminação — diz Boaventura de Souza Santos — “reivindicam o direito de ser iguais quando a diferença os inferioriza e o direito de ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”. (SANTOS, Boaventura de Souza. O Brasil e as dores do pós-colonialismo. Caderno Constituição e Democracia (C&C) n. 7, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, setembro/2006, p. 24.)

radicada, na esfera cível, especialmente nos direitos da personalidade (vida, nome, imagem, intimidade, honra etc.) e, na esfera penal, no direito de não ser torturado, de fazer uso do devido processo legal e das garantias penais, envolvendo mesmo a vedação de penas cruéis etc.; c) a liberdade, expressa no poder da pessoa de realizar, sem interferências de nenhuma espécie, o próprio projeto de vida, com as livres escolhas individuais; e d) a solidariedade, vista não somente como uma resultante de eventuais ações beneméritas, caridosas ou éticas, senão como um princípio geral do ordenamento jurídico, dotado de força normativa, que sirva de base à igualdade substancial, fundada em valores sociais.⁶⁹¹

Entre os objetivos fundamentais da República estão a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) e a erradicação da pobreza e da marginalização, com a erradicação das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, II). A dignidade da pessoa humana, escreve Canotilho, “exprime a abertura da República à ideia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico”.⁶⁹²

O último ângulo de análise da dignidade da pessoa humana consiste na sua dimensão como norma jurídica e na sua identificação, tendo-se presente de logo que, ainda que não se cuide de um direito ou garantia fundamental, isso não equivale a que dela não possam ser deduzidas posições jurídicas não escritas, em virtude sobretudo da norma geral inclusiva do art. 5º, § 2º (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”),⁶⁹³ mesmo porque, segundo já anotado, os direitos fundamentais em geral configuram explicitações da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana não expressa somente um comando ético e moral, e sim também uma norma jurídico-positiva de estatura constitucional, dotada de eficácia e vinculação para todos os órgãos estatais, dos quais se exige o dever de abstenção e, sendo necessárias, determinadas prestações protetoras ou reparatórias, públicas e até mesmo

⁶⁹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., pp. 116-143.

⁶⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina, 7ª Edição, 2003, pp. 225-226.

⁶⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 123.

privadas.⁶⁹⁴ “A dignidade da pessoa humana pressupõe ainda relações de reconhecimento intersubjetivo, pois a dignidade de cada pessoa deve ser compreendida e respeitada em termos de reciprocidade de uns com os outros.”⁶⁹⁵

O caminho, todavia, é íngreme e pedregoso, não somente pelos percalços jurídicos que se antepõem ao estudo da identidade dessa norma jurídico-constitucional na sua formulação científica — a incerteza terminológica é assustadora no estudo da classificação das normas constitucionais —, como também e quiçá decisivamente em torno da sua aplicabilidade e eficácia em face dos fatores reais e efetivos do poder que regem a nação,⁶⁹⁶ os quais, na célebre asserção de Lassale, constituem a essência de uma constituição,⁶⁹⁷ cujas tendências dominantes não raro se põem na contramão da ideia de comunidade constitucional inclusiva.

Mas, a despeito da tensão que possa existir entre a constituição real — a história demonstra solenemente a força social e política dos fatores reais do poder — e a Constituição jurídica do país, o fato é que esta não traduz apenas um mero pedaço de papel, cuja aptidão para regular e motivar está limitada (de forma causal e necessária) à compatibilidade com a Constituição real. As questões constitucionais não são somente questões políticas, senão também questões jurídicas, conquanto entre elas exista um condicionalmente recíproco e, como anota Konrad Hesse, uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar.⁶⁹⁸

Se as normas constitucionais expressassem apenas relações fáticas altamente mutáveis, o direito constitucional — continua Hesse — “não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função — indigna de qualquer ciência — de justificar as relações de poder dominantes”.⁶⁹⁹ Diversamente, a constituição tem força própria, mesmo não ilimitada, motivadora e ordenadora da vida da sociedade

⁶⁹⁴ *Idem*, pp. 123-123; e CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 199.

⁶⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 199.

⁶⁹⁶ O poder militar, expresso nas Forças Armadas; o poder social, representado pelos latifundiários; o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital; e, em menor escala, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais. (Cf. Konrad Hesse, *A Força Normativa da Constituição* – tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, p. 9.)

⁶⁹⁷ LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*, 7ª Edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, pp. 10, 17, 39 e 40.

⁶⁹⁸ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição* – tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, pp. 9 e 10.

⁶⁹⁹ *Idem*, p. 11.

civil. Embora não exista de forma dissociada da natureza das coisas, a norma constitucional (a norma, em geral) tem a sua essência na situação que regula e que pretende ver concretizada na realidade, i.é., na sua vigência. A constituição, por conseguinte, tem uma força normativa própria, como um dever-ser, uma pretensão de eficácia, que não se confunde com as condições da sua realização. Conquanto não possa, de forma escoteira, realizar as coisas, a Constituição pode impor tarefas, transformando-se em força ativa se essas tarefas foram realizadas.⁷⁰⁰

As normas constitucionais são essencialmente cogentes (*jus cogens*). As relações de direito constitucional, expressando as ligações recíprocas de poder, e entre os poderes e os sujeitos privados, firmam “direitos, obrigações e deveres de natureza pública, mediante normas que, por princípio, não deixam margem à atuação da vontade dos agentes constitucionais”.⁷⁰¹ Não há, na constituição, “cláusula com valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos”.⁷⁰² Todas as normas constitucionais irradiam efeitos jurídicos, inovando a ordem jurídica. Nenhuma norma constitucional é maninha de eficácia, ainda que evidentemente com gradações. Na advertência de Konrad Hesse, a razão possui capacidade para dar forma à matéria disponível. Ela não produz substâncias novas: “Essa força reside apenas na natureza das coisas; a razão verdadeiramente sábia empresta-lhe estímulo, procurando dirigi-la”.⁷⁰³

A visão doutrinária moderna confere eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais,⁷⁰⁴ embora a eficácia de certas normas não se apresente de logo na plenitude dos efeitos jurídicos almejados pelo constituinte. Até mesmo as normas constitucionais autoaplicáveis (ditas de eficácia plena) submetem-se a novos desenvolvimentos no advento de legislação ordinária.⁷⁰⁵ Afirma a Constituição, v.g., que “as

⁷⁰⁰ *Idem, ibidem*, pp. 11, 14, 15 e 19.

⁷⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 6ª Edição, Malheiros Editores, 2003, p. 71.

⁷⁰² *Idem*, p. 75 (O autor cita o escólio de Ruy Barbosa, em *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, volume 2, p. 489.)

⁷⁰³ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição* – tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, pp. 16-17.

⁷⁰⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 6ª Edição, Malheiros Editores, 2003, p. 88.

⁷⁰⁵ *Idem*, pp., 75-76.

normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, 1º), mas “a pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas da sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconhecidas”.⁷⁰⁶

Como o direito não é somente uma norma, “mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo”,⁷⁰⁷ a aplicação imediata a que se refere a constituição significa que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais são aplicáveis, em verdade, até onde possam sê-lo, até onde as instituições puderem oferecer condições de atendimento.⁷⁰⁸

A norma jurídico-positiva constitucional que consagra a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República, não pode deixar de revestir-se do elemento essencial do direito em geral (e da norma jurídica, em especial), que é a imperatividade dos efeitos, ou a aptidão para impor, de forma persuasiva e até mesmo pela força, se necessário, a realização dos efeitos pretendidos.⁷⁰⁹ Na reflexão de Karl Engisch, embora haja, no direito, “grandezas negativas” (a negação de direitos e deveres), o seu centro gravitacional reside em positivamente conferir direitos e impor deveres.⁷¹⁰

A aplicabilidade até onde seja possível — tenha-se em conta que mesmo as normas que instituem direitos e garantias fundamentais são de eficácia contida, incidindo imediatamente e produzindo (ou podendo produzir) todos os efeitos queridos, mas prevendo meios ou conceitos que permitem manter a sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias —,⁷¹¹ conquanto expresse importância transcendente na eficácia da dignidade, constitui somente o ponto de partida.

⁷⁰⁶ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição* – tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, pp. 14-15.

⁷⁰⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Editora Universidade de Brasília – UnB (e Editora Polis), 1989, p. 21.

⁷⁰⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 6ª Edição, Malheiros Editores, 2003, p. 165 (Anota o autor que a própria Constituição faz depender de legislação posterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos – p. 165).

⁷⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 164.

⁷¹⁰ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 8ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian (tradução de J. Baptista Machado), 2001, pp. 30 e 32-33.

⁷¹¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 6ª Edição, Malheiros Editores, 2003, p. 82.

Se não é tão difícil identificar como efeito pretendido pela norma constitucional o de que todas as pessoas tenham uma vida digna (que pressupõe um conteúdo essencial de dignidade que implica, também, um mínimo de titularidade material) e tendo-se presente que todos os preceitos da constituição são normas jurídicas, dotadas de imperatividade e, de resto, com superioridade hierárquica sobre todo o sistema, domínios nos quais termina o consenso,⁷¹² a plenitude (ou avanços nesse rumo) da eficácia da dignidade, ponto de chegada, submetida a miríades de variantes, de toda ordem – e nelas se destaca, decisivamente, o fôlego, maior ou menor, da prosperidade econômica da nação – é que constitui o grande desafio.

Os fatos, a cada dia e a cada hora, em todos os quadrantes do mundo, insistem em desmentir a mensagem constitucional da dignidade da pessoa humana, que em grande escala, e porque a força ativa da constituição impescinde da presença, na consciência geral, da vontade de poder e da vontade da Constituição,⁷¹³ ainda traduz apenas uma aspiração, fazendo aumentar a responsabilidade cívica da doutrina e da jurisprudência, artífices primeiros dessa construção; e, especialmente, dos agentes responsáveis pela ordem constitucional.

Como foi visto, na impossibilidade de cunhar-se um conceito consensual de dignidade, a noção é preenchida de baixo para cima, a partir do material da ordem jurídica infraconstitucional, no que avulta o papel da jurisprudência, no seu contato cotidiano com os casos concretos. Aos juízes, agentes vivificadores da lei — é a interpretação que dá vida à norma —, incumbe não se acomodar, pelo decurso do tempo e pela força das rotinas, na dimensão da relação formal sem alma. Na admirável sentença de Tchekhov, as pessoas que têm uma relação oficial e profissional com o sofrimento alheio — juízes, médicos, policiais — ficam de tal maneira curtidas pela força do hábito que, nesse aspecto, “não se distinguem em nada do mujique que mata carneiros e bezerros num fundo de quintal e não nota sequer o sangue”.⁷¹⁴

⁷¹² BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 170.

⁷¹³ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição – tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, p. 19.

⁷¹⁴ TCHEKHOV, Anton. Contos – Enfermaria n. 6, Editora Nova Cultural Ltda., 2003, pp. 226-227.

Ainda que os efeitos da dignidade da pessoa humana não tenham um equacionamento desejado por um paradigma de regras, modalidades de normas que, como comandos de definição de menor generalidade, valem ou não valem juridicamente⁷¹⁵ — não comportando certas gradações que a complexidade da matéria sugere, para evitar que um direito sucumba sem razoabilidade —, mas que, de toda forma, decidem com elevado grau de certeza, faz uso a doutrina constitucional do paradigma dos princípios, quiçá mais esperançoso e que permite solução mais adequada para os casos difíceis, através da ponderação.

Os princípios, normas constitucionais dotadas de maior generalidade e abstração, submetem-se em maior escala às mediações concretizadoras conjuntas do juiz e do legislador,⁷¹⁶ podendo ser concretizados em diferentes graus. Os princípios, na dicção de Alexy, são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades reais e jurídicas possíveis”.⁷¹⁷ Comandos de otimização, os princípios estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes gradações, pautando-se a extensão do seu cumprimento não somente pelas possibilidades reais, mas também pelas possibilidades jurídicas.⁷¹⁸

Princípio político constitucional, a dignidade da pessoa humana traduz, portanto, uma norma-princípio confortadora do sistema constitucional positivo,⁷¹⁹ à qual, no porte da sua imperatividade e dignidade constitucionais, e na dinâmica da sua infinita casuística, deve ser associada a ideia da maior eficácia possível. Ou, nos termos da reflexão de José Afonso da Silva a propósito dos direitos e garantias fundamentais, “até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento”.⁷²⁰ Urge acreditar na potencialidade normativa dos princípios constitucionais. Está superada, em grande parte, a visão tradicional da norma constitucional de caráter meramente programático. A Constituição, além de norma política,

⁷¹⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., pp. 87 e 88.

⁷¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina, 7ª Edição, 2003, p. 1160.

⁷¹⁷ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 86.

⁷¹⁸ *Idem*, p. 86.

⁷¹⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 20ª Edição, Malheiros Editores, 2002, p.93.

⁷²⁰ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 6ª Edição, Malheiros Editores, 2003, p. 165.

deve ser examinada como norma jurídica, com eficácia direta e imediata, até mesmo pelo seu caráter superior.⁷²¹

Não é menos importante, no domínio dos princípios, a sua eficácia interpretativa, guiando a interpretação e mesmo a integração das regras em geral, dando coerência ao sistema e, assim, o sentido exato dos preceitos constitucionais, tornando explícitas as normas que o constituinte não pôde ou não quis dizer de forma cabal; e, por outra face, a eficácia derogatória e invalidatória que fulmina eventuais disposições que contrariam os comandos principiológico-constitucionais. Mais ainda, servem os princípios de elementos de construção e qualificação dos conceitos básicos do sistema constitucional. Têm, por fim, em virtude da força expansiva da qual se revestem, segundo assinala Jorge Miranda, uma força prospectiva, dinamizadora e transformadora, com grande peso na interpretação evolutiva.⁷²²

Isso naturalmente não será suficiente sem o concurso da ação, via de regra estatal, tendo-se em conta que a dignidade da pessoa humana implica não somente abstenções, mas também ações estatais. É ela, sobretudo, um comando dirigido ao Estado e aos particulares na mira da sua realização. Faltaria à dignidade, como princípio, a vetusta eficácia positiva, típica das regras, para gerar pretensões justiciáveis.⁷²³ Mas, de toda forma, a sua força normativa expansiva, sob os auspícios de uma exegese evolutiva, quiçá propicie resultados ainda mais promissores, além mesmo da eficácia das regras, dado o seu teor mais elevado de abstração e de generalidade, que permite ao juiz uma escala mais elevada de gradações concretizadoras.⁷²⁴

Uma formulação evolutiva de todo alvissareira se põe nessa perspectiva. Em matéria de responsabilidade civil, cuja concretização é eminentemente jurisprudencial, a dignidade da pessoa humana tem ensejado uma inversão do foco, que se desloca da pessoa

⁷²¹ FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *El Derecho Civil Constitucional*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, Primera edición, 1986 (reimpresión 1991), p. 18.

⁷²² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Tomo II, 2ª Edição, 1988, pp. 199-200.

⁷²³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, pp. 173-174.

⁷²⁴ Embora as realidades sejam bem diferentes, não permitindo uma comparação totalmente válida, não é despidendo lembrar que na Alemanha, cuja Lei Fundamental não prevê direitos fundamentais sociais, o princípio do Estado social, conjugado com a cláusula da dignidade da pessoa humana, têm ensejado aproximadamente 950 expectativas de direitos e benefícios sociais, sobretudo pelas decisões evolutivas do Judiciário. (Cf. Udo Steiner, *Mudanças Profundas no Estado Social Alemão – Conferência proferida em setembro de 2007, na Escola de Magistratura Federal da 1ª Região – ESMAF, Brasília – DF.*)

do causador do dano, que classicamente deve ser apenado pelo seu ato reprovável, para a proteção da vítima do dano injusto, que merece ser indenizada. A função primordial da responsabilidade civil passa da punição do autor — que, *v.g.*, não ocorria sem o concurso da culpa — para a reparação da vítima pelos danos sofridos.⁷²⁵

Esse giro conceitual acarreta a substituição da noção de ato ilícito pela noção de ato injusto, de maior amplitude, sobretudo social,⁷²⁶ o que alcança com maior eficácia a questão do dano moral, que não implica redução patrimonial. O princípio tradicional da responsabilidade civil extracontratual radica-se na noção de ato ilícito, com os seus indefectíveis elementos subjetivo (a culpa) e objetivo (o dano), cuja ausência em princípio afastava a reparação. A indenização, portanto, pressupunha uma lesão a direito subjetivo e, na consequência, uma redução patrimonial, presente ou futura.⁷²⁷

A mudança de perspectiva — ultrapassada a concepção de que a responsabilidade por danos advém de uma violação normativa expressa no dever jurídico do *alterum non laedere* —, que destaca o fato antijurídico (antes do fato culposos), enseja uma satisfação econômica ao ofendido mesmo sem a produção de dano material, restrito às tutelas ressarcitória ou restitutória. A doutrina equipara a um prejuízo o constrangimento ou a dor que a pessoa experimenta por ter sido atingida em um direito da personalidade, ainda que não repercuta direta e materialmente no seu patrimônio. Amplia-se a noção de dano, para admitir-se o dano moral, extrapatrimonial, que vulnera os direitos da personalidade. Essa identificação, já preconizava Orlando Gomes, escrevendo antes da Constituição de 1988, resulta “da transferência, para o campo do direito privado, do mecanismo protetor da pessoa humana, em virtude da consagração no Código Civil dos direitos da personalidade.”⁷²⁸

Destacou-se anteriormente que o conteúdo da dignidade da pessoa humana, focado na sua essencialidade, radica-se primordialmente na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa, no seu plano individual, e que traduz uma especificação

⁷²⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *In* Direito, Estado e Sociedade, Volume 9, n. 29, julho – dezembro/2006, pp. 238 e 245.

⁷²⁶ GOMES, Orlando. Tendências Modernas na Teoria da Responsabilidade Civil, *in* Estudos em homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues, 1989, Saraiva, p. 295.

⁷²⁷ *Idem*, pp. 297 e 298.

⁷²⁸ *Idem, ibidem*, p. 299.

material independente da díade tempo/espço, “que consiste em considerar como pertencente a cada pessoa um espírito impessoal, que a capacita a adotar suas próprias decisões sobre si mesma, sobre sua consciência e sobre a configuração do mundo que a rodeia”.⁷²⁹

Pois bem. No cenário jurisprudencial, no qual as formulações doutrinárias efetivamente adquirem expressão real, em derredor do indivíduo individualizado (Radbruch), registram-se notáveis precedentes sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC n. 91.657 – 1/SP,⁷³⁰ em 13 de setembro de 2007, no qual se examinava a hipótese de prisão preventiva para extradição, decidiu (por maioria) que ela deve ter tratamento idêntico ao que se confere aos nacionais pelo Código de Processo Penal, tendo, portanto, um limite temporal compatível com o princípio da proporcionalidade; e que não deve desgarrar-se dos “valores supremos assegurados pelo Estado constitucional, que compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção aos direitos humanos”.

O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o HC n. 12.547/DF (2000/0022278-0),⁷³¹ no qual se discutia a prisão civil de devedor inadimplente em contrato de alienação fiduciária em garantia, decidiu que ela é incompatível com “o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade, de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e da obediência aos bons costumes”.

Destacou o Relator, entre outros fundamentos, e sinalizando mesmo com a possibilidade de eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (“quando inexistir norma infraconstitucional que admita interpretação de acordo com a diretiva constitucional, ou faltar cláusula geral naquela situação, muito embora esteja presente a violação ao direito fundamental”), que a dignidade, elemento que qualifica o ser humano como tal, existe para todos e é igual em todos; que a tutela da personalidade não

⁷²⁹ DE CARA, Juan Carlos Gavara. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo (La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales em la Ley Fundamental de Bonn)*, Centro de Estudios Constitucionales, p. 219.

⁷³⁰ Acórdão de 13/09/2007, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 14/03/2008 (Ementário n. 2311-2).

⁷³¹ Acórdão da 4ª Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, de 01/06/2000 – DJ 12/02/2001.

pode limitar-se a setores estanques, pondo de um lado os direitos humanos e de outro as relações jurídicas privadas; e que se deve estabelecer a vinculação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais que expressam e definem os valores da personalidade.

Já no Recurso Especial n. 845.228/RJ (2006/0121910-4),⁷³² no qual se discutia indenização por danos materiais e morais, a pedido de dissidente político preso e torturado, decidiu o STJ que a perseguição política à vítima e a imposição, por via oblíqua, de sobrevivência clandestina atentara contra a dignidade da pessoa humana; e que — esse pode ser o aspecto mais inovador do precedente —, “à luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento”, não havendo, portanto, prazo prescricional para a pretensão da busca da “compensação” material, posto serem os direitos humanos inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis.

3.2 Direito Civil-Constitucional – Constitucionalização do Direito Civil

A constitucionalização do direito civil constitui tema dos mais presentes nas cogitações da doutrina contemporânea. No Brasil, depois da Constituição de 1988, praticamente todos os estudiosos do direito civil abordam, sob as mais diferentes perspectivas, a sua constitucionalização, não raro saudada como uma espécie de redenção do mais complexo e abrangente ramo do direito, do qual Miguel Reale disse ser “a Constituição do homem comum”,⁷³³ ao considerar, em juízo descritivo, que a sua malha normativa o acompanha durante toda a vida, da concepção — a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro — até o túmulo.

Cuida-se de um fenômeno contemporâneo que, “tendo como pressuposto um certo modelo de sociedade e uma certa ideia de Estado, dá resposta normativa a exigências da

⁷³² STJ – 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux – DJ 18/02/2008.

⁷³³ REALE, Miguel. Comentários sobre o projeto de Código Civil brasileiro, Série Cadernos do Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários, n. 20, p. 12.

nossa época”.⁷³⁴ A compreensão é que, em virtude da constitucionalização do direito civil, os seus princípios fundamentais são elevados ao plano constitucional, a partir do qual “passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”.⁷³⁵ Infundidos sistematicamente como que por uma linfa constitucional, os princípios fundamentais do direito civil passam a iluminar a constituição e a prática de todas as relações jurídicas entre os particulares.

Ao reconhecer determinados direitos fundamentais, a constituição expressa, também, “a consagração de princípios ordenadores das situações pessoais e patrimoniais que formam o campo vivencial do sujeito das relações civis”.⁷³⁶ Nessa perspectiva, reconhece em nível constitucional, as esferas da vida nas quais esse sujeito atua e se movimenta, dando uma valorização constitucional aos interesses que aí povoam e conflituam. Essa valoração, levando-se em conta “a unidade do sistema jurídico e a posição cimeira que, dentro dele, as normas constitucionais ocupam, não pode deixar de influenciar a apreciação, em nível legislativo e judicial, da matéria civilística.”⁷³⁷

A partir da constitucionalização do direito civil, os civilistas, tradicionalmente ancorados no seu seguro território e infensos ao diálogo interdisciplinar, sentem a necessidade do manejo das categorias fundamentais da Constituição, sem as quais “a interpretação do Código e das leis civis desvia-se do seu correto significado.”⁷³⁸ Matérias classicamente situadas no território do direito privado ingressam também no ambiente constitucional, ensejando uma unidade essencial subjacente ao ordenamento jurídico e acentuando a tendência contemporânea de “abrir os vasos comunicantes existentes entre as artificiosas e formais catalogações do direito.”⁷³⁹

Na razão direta da sua constitucionalização (dos seus princípios básicos, mais precisamente), o direito civil estaria vocacionado a redimir-se da sua individualidade

⁷³⁴ RIBEIRO, Joaquim de Souza. Constitucionalização do Direito Civil, *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 74, 1998, p. 730.

⁷³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil, *in* Revista de Informação Legislativa – Senado Federal, n. 141, janeiro/março – 1999, p. 100.

⁷³⁶ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Op. cit.*, p. 729.

⁷³⁷ *Idem*, p. 730.

⁷³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil, *in* Revista de Informação Legislativa – Senado Federal, n. 141, janeiro/março – 1999, p. 100.

⁷³⁹ FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *Op. cit.*, p. 34. (Citando Almagro Nosete, *in* Justicia constitucional, Madrid, 1980.)

exacerbada, do seu egoísmo sistêmico, da sua lógica patrimonialista, que caracterizaram a sua existência sobretudo a partir das codificações oitocentistas, para resgatar a pessoa humana na sua dignidade, na sua centralidade existencial; e, a par disso, os valores coletivos, mormente em derredor dos institutos básicos da propriedade, do contrato e da família.

É cada vez mais presente, na civilística moderna, indígena⁷⁴⁰ e alienígena,⁷⁴¹ a ideia de um direito civil humanizado, domesticado no seu veio individualista, fecundado pelos princípios constitucionais. Antes, afirma-se, havia uma separação entre os domínios da constituição e do código civil. Hoje, uma unidade hermenêutica, estando a constituição no ápice da sistemática da elaboração e aplicação da legislação civil.⁷⁴² Os princípios e os valores constitucionais passam a moldar diretamente as relações da vida privada, na perspectiva da sua funcionalização à vista da proteção e do desenvolvimento da pessoa humana.⁷⁴³

Discorrendo sobre a temática e destacando a norma constitucional como norma direta de comportamento, preleciona Pietro Perlingieri:

O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção não sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa, da norma constitucional frente às relações pessoais e socioeconômicas ordinárias. A norma constitucional torna-se a razão primária e

⁷⁴⁰ Citem-se, no Brasil, exemplificativamente, os trabalhos do Prof. Gustavo Tepedino, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (v.g., O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa, *in* Problemas de Direito Civil-Constitucional, Renovar, 2000, pp. 17-54; Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, *in* Temas de Direito Civil, 3ª Edição, Renovar, 2004, pp. 1-22; e Contornos Constitucionais da Propriedade Privada, *idem*, pp. 303-329); da Profa. Maria Celina Bodin de Moraes, também da UERJ (v.g., A Caminho de um Direito Civil Constitucional, *in* Revista de Direito Civil (Imobiliário, Agrário e Empresarial), ano 17, julho/setembro/1993, pp. 21-31; e A Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, *in* Direito, Estado e Sociedade, volume 9, n. 29, julho/dezembro/2006, pp. 233-257); do Prof. Paulo Luiz Netto Lôbo, da Universidade Federal de Alagoas (v.g., Constitucionalização do Direito Civil, *in* Revista de Informação Legislativa – Senado Federal, n. 141, janeiro/março – 1999, pp. 99-109; e Constitucionalização do Direito das Obrigações, *in* Teoria Geral das Obrigações, Editora Saraiva, 2005, pp. 1-15); e do Prof. Luiz Edson Fachin, da Universidade Federal do Paraná, notadamente a Teoria Crítica do Direito Civil, 2ª Edição, 2003, Renovar.

⁷⁴¹ Citem-se, por todos, Pietro Perlingieri, *in* Perfis de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional – tradução de Maria Cristina De Cicco, 2ª Edição, Renovar, 2002; e Michele Giorgiani, *in* O Direito privado e suas atuais fronteiras, Revista dos Tribunais, Ano 87, n. 747, janeiro/1998, pp. 35-55.

⁷⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Teoria Geral das Obrigações, Editora Saraiva, 2005, p. 2.

⁷⁴³ NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: Novos Paradigmas, 2ª Edição, Editora Renovar, 2006, p. 63.

justificadora (e todavia não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra de hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.⁷⁴⁴

Essa mudança de paradigma, de uma visão estática, individualista e desideologizada, que caracterizava o direito civil, para uma visão humanista e revolucionária, pautada pela solidariedade social e pela dignidade da pessoa humana,⁷⁴⁵ posta em destaque na civilística da atualidade, tem sido vista e apresentada mais pelo lado de fora, num plano mais declarativo, descritivo e extrínseco do fenômeno do que propriamente estrutural e intrínseco, pelo lado de dentro, que identifique e analise os complexos e variados fatores causais das transformações por que passou o direito privado contemporâneo, que culminaram com esse direito civil pós-constitucional.

3.2.1 Direito Civil-Constitucional – Identidade Dogmática

Nas análises doutrinárias do processo de constitucionalização do direito — o fenômeno não se limita ao direito privado —, uma delas o identifica na reforma legislativa, pela qual a legislação infraconstitucional submeter-se-ia às prescrições constitucionais, globais ou pontuais; na criação de novos direitos individuais ou de minorias; na mudança de paradigmas nas demais disciplinas do direito; e na irradiação do Direito Constitucional, seja na produção de efeitos nas relações privadas e na proteção de direitos, seja na constitucionalização do direito por intermédio da jurisdição ordinária. Segundo essa análise, por conseguinte, os agentes principais da constitucionalização seriam o legislador, o judiciário e a doutrina.⁷⁴⁶

⁷⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 12.

⁷⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Teoria Geral das Obrigações, Editora Saraiva, 2005, pp. 2 e 3.

⁷⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito (Os direitos fundamentais nas relações entre os particulares), Malheiros Editores, 2005, pp. 37-41. (O autor se baseia nos estudos de Gunnar Folke Schuppert e Christian Bunke, *in* Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung: Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des “einfachen” Rechts, pp. 09-23.)

Outro ângulo de análise identifica como tipos de constitucionalização a constitucionalização-judicialização, pela qual a constituição passa a ser paulatinamente juridicizada (justicializada) e os preceitos constitucionais passam a produzir efeitos nos demais ramos do direito; a constitucionalização-elevação, em virtude da qual muito da normatividade antes atribuída à lei passa, num movimento ascendente, a constituir matéria constitucional; e a constitucionalização-transformação, segundo a qual a constitucionalização dos direitos e liberdades conduz a uma impregnação dos diversos ramos do direito, causando a sua transformação. Os efeitos indiretos desses processos de constitucionalização seriam a unificação da ordem jurídica em duas vertentes. Na primeira, as normas constitucionais assumiriam progressivamente o fundamento comum de todos os ramos do direito, e a tradicional distinção entre direito público e privado restaria relativizada. Na segunda, dar-se-ia uma simplificação da ordem jurídica, cujo eixo mudaria da lei para a Constituição.⁷⁴⁷

Mas, na análise intrínseca desse fenômeno — a relação entre o Direito Constitucional e o direito privado —, cuja transcendência prática, incomensurável, ainda está longe de ser claramente definida, quicá o núcleo do problema possa ser melhor examinado na perspectiva histórica das linhas fundamentais de desenvolvimento do Direito Constitucional e do direito privado, especialmente do direito civil.

Nas primeiras constituições modernas, no século XIX, os direitos fundamentais têm como ponto de partida a liberdade e a igualdade do cidadão, época que também é a do desenvolvimento do direito privado, notadamente aquele perfilhado pelas codificações, que têm suporte, igualmente, nos princípios da igualdade e da liberdade. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, proporcionou as coordenadas, os pressupostos e os fundamentos para a codificação napoleônica.

Tais coincidências, como assinala Konrad Hesse, poderiam sugerir a ideia de que desde o início havia uma relação estrita e necessária entre o direito constitucional e o direito privado, em duas direções de claro relevo, assumindo o direito constitucional, por um lado, uma função pioneira, de guia da nova configuração do direito privado, quer com efeitos derogatórios imediatos, quer como um mandato obrigatório ao legislador para que

⁷⁴⁷ *Idem*, pp. 46-49. (Aqui o autor se baseia nos estudos de Louis Favoreu, *in* La constitutionnalization du Droit, p. 40.)

proceda a tais modificações, e, por outro lado, uma função de salvaguarda existencial do direito privado em face das investidas revogatórias ou derogatórias do legislador,⁷⁴⁸ mui especialmente naqueles pontos estruturais da propriedade, do contrato e, conseqüentemente, do direito hereditário.

Mas esse não foi o perfil do desenvolvimento. Não obstante a concordância de conteúdos, não havia uma relação de vinculação; ou, em termos modernos, de interdisciplinaridade. Conquanto ingressasse, em seus princípios fundamentais, nos espaços da constituição, o direito privado seguiu o seu próprio caminho, diverso do caminho da constituição. As constituições, na realidade, ainda não tinham força vinculante para modificar o direito privado, tampouco a função protetora antirrevogatória dos seus institutos. Os direitos fundamentais, em si mesmos, não estavam em condições de garantir uma ordenação jurídica existente em face do legislador; e, na verdade, essa eficácia não se fazia necessária, pois a ninguém ocorria questionar o direito privado e seus pedestais fundamentais.⁷⁴⁹

Punha-se o direito privado liberal como o baluarte da liberdade burguesa, na ideia de que tem por vocação regular as relações entre os particulares de um ponto de vista da liberdade individual, à margem das relações políticas e das cartas constitucionais. A liberdade burguesa não era uma liberdade política, senão uma liberdade dos particulares para dispor de um espaço próprio sem intromissões do Estado. Consoante observa Ignácio Gutiérrez Gutiérrez, a constituição típica do constitucionalismo do século XIX carece de vínculos materiais com o direito privado. A eficácia jurídica dos direitos fundamentais, naquele tempo, ficava circunscrita à delimitação do âmbito material da reserva da lei. Os direitos constitucionais somente eram justiciáveis em face do Estado, na medida do que dispusesse o legislador.⁷⁵⁰

⁷⁴⁸ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado – traducción e introducción de Ignácio Gutiérrez Gutiérrez* –, Editorial Civitas, S.A., Primera Edición, p. 32-34.

⁷⁴⁹ *Idem*, pp. 36 e 37.

⁷⁵⁰ GUTIÉRREZ, Ignácio Gutiérrez. *Introdução ao Derecho Constitucional y Derecho Privado*, de Konrad Hesse, Editorial Civitas, S.A., Primera Edición, pp. 10-11.

O direito privado mui naturalmente tinha primazia material em face da constituição, que paradoxalmente assumia uma importância secundária.⁷⁵¹ As relações entre os particulares, do âmbito da autonomia privada, regiam-se precipuamente pelos direitos subjetivos, cujo conteúdo não derivavam materialmente da constituição⁷⁵² e nem se modelavam pelos seus princípios. As disposições orgânicas da constituição, “sem configurar necessariamente um Estado liberal, garantiram um ordenamento jurídico-privado adequado aos princípios liberais”.⁷⁵³

Nessa quadra histórica, a liberdade das decisões dos particulares e a organização da economia, sem intromissões derogatórias do Estado, soava mais importante para a burguesia do que a determinação e a configuração do mundo político. O caráter liberal do direito privado era menos o fundamento de uma comunidade livre e mais um elemento de uma simbiose que cimentava o período histórico entre o direito constitucional e o direito privado; ou, como anota Konrad Hesse, entre o direito constitucional e uma sociedade regida pelo direito privado.⁷⁵⁴

Em célebre trabalho sobre “o direito privado e suas atuais fronteiras”, para a aula inaugural da Universidade de Nápoles, proferida em 6 de fevereiro de 1961, ao aludir ao direito privado oitocentista e às transformações por que passou ao longo de um século e meio, Michele Giogianni põe em relevo dois aspectos que, sobre expressar as mudanças estruturais operadas nas entranhas daquele sistema, dão também um diagnóstico da sua conformação naquele tempo: no primeiro aspecto, observa que, no sistema jusnaturalista e racionalista, o direito privado continha de modo total e exclusivo o estatuto dos particulares e que a prioridade que os jusnaturalistas imputavam ao direito privado tinha o significado precípuo da inclusão, na sua órbita, do universo das normas postas em prol do indivíduo em face do príncipe.

Desse significado — que hoje seria denominado “constitucional”, como adverte o autor, fazendo o uso moderno do termo —, consigna que muitos dos seus traços mais

⁷⁵¹ HESSE, Konrad. Derecho Constitucional y Derecho Privado – traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez –, Editorial Civitas, S.A., Primera Edición, pp. 37-39.

⁷⁵² GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. Op. cit., p.11.

⁷⁵³ *Idem*, p. 11.

⁷⁵⁴ HESSE, Konrad. Derecho Constitucional y Derecho Privado – traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez –, Editorial Civitas, S.A., Primera Edición, p. 39.

significativos podem ser encontrados nas codificações oitocentistas, quais, *v.g.*, as disposições preliminares sobre a lei em geral, sobre o gozo dos direitos civis e sobre a cidadania, postas frequentemente na parte geral dos códigos civis, e que funcionam como um “estatuto” do cidadão e, conseqüentemente, como barreira à atividade do Estado em face deles. E exemplifica com o Código Civil austríaco de 1811, dispondo que “todo homem tem direitos inatos já reconhecíveis pela razão e, portanto, se deve considerar como pessoa.”⁷⁵⁵

No segundo aspecto, ressalta que o direito privado, com a conformação referida no primeiro — o direito da esfera de ação do indivíduo, oponível ao Estado —, constituía a expressão de um sistema que privilegiava a atividade livre do indivíduo no âmbito da vida econômica, como uma garantia idônea para a sua proteção; e que esse individualismo, levado ao paroxismo, retirou a relevância jurídica das “comunidades intermédias”. Disciplinar a vida do indivíduo no seio da sociedade era a função do direito privado, e os seus instrumentos dogmáticos, construídos pela pandectística alemã, eram o direito subjetivo, senhoria da vontade; a propriedade, senhoria sobre a coisa, e o negócio jurídico como declaração de vontade. Considerando-se que a propriedade privada (da terra sobretudo) e o contrato, pilares do sistema, “constitucionalizavam” uma forma de vida econômica ligada à ideia liberal, o referido significado “constitucional” ostentado pelos códigos civis do início do século XIX passa a ser considerado como algo a eles imanente.⁷⁵⁶

A historicidade dessa perspectiva dá seguramente uma visão mais aproximada da compreensão das transformações do direito privado oitocentista e, conseqüentemente, do núcleo causal da ausência de vinculação das relações entre o direito constitucional e o direito privado, como ambientes normativos de objetos materiais diversos e, portanto, pouco comunicáveis. “O direito privado insere-se no âmbito dos direitos naturais e inatos do indivíduo. O direito público é aquele emanado pelo Estado para a tutela de interesses gerais. As duas esferas são quase impermeáveis, atribuindo ao Estado o poder de impor

⁷⁵⁵ GIORGIANI, Michele. O Direito privado e suas atuais fronteiras, *Revista dos Tribunais*, Ano 87, n. 747, janeiro/1998, pp. 40-41.

⁷⁵⁶ *Idem*, pp. 42-43.

limites aos direitos dos indivíduos somente em razão de exigências dos próprios indivíduos.”⁷⁵⁷

Esse complexo processo cultural e histórico, informado, entre outros paradigmas e valores, pelo iluminismo e pelo jusnaturalismo racionalista, levou às codificações juracionistas. Consoante o adverte Wieacker, “a ligação do juracionismo com o iluminismo produziu, primeiro nos Estados absolutos do centro e do sul da Europa, depois na Europa ocidental após o processo revolucionário francês, uma primeira grande onda das codificações modernas”.⁷⁵⁸ As codificações, marcos essenciais de certeza, de previsibilidade e, conseqüentemente, de segurança na razão jurídica moderna, perseguiram, em face do pluralismo jurídico anterior, “o planejamento global da sociedade por meio de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica”.⁷⁵⁹

No apogeu da codificação, que, no magistério de Antunes Varela, vai dos primeiros códigos civis, com destaque para o Código Civil francês (1804), até a 1ª Guerra Mundial, o direito civil representa o ramo da árvore jurídica mais representativo do ponto de vista ideológico e de elaboração científica mais avançada.⁷⁶⁰ O Código Civil, pautado na autonomia privada, “continha toda a disciplina básica dos factos jurídicos respeitantes à vida privada dos indivíduos”, constituindo, ainda, em virtude do papel transcendente “há muito reconhecido ao direito civil na definição dos direitos fundamentais do indivíduo, o diploma básico de toda a sociedade”.⁷⁶¹

Afirmção do indivíduo perante o Estado, sem corpos intermediários,⁷⁶² os códigos civis, verdadeiras constituições, assumiam uma posição de centralidade do sistema, em face do qual era reduzido o papel dos textos constitucionais nas relações jurídicas do direito privado, que expressavam “um modelo fechado, auto-suficiente, para o qual as

⁷⁵⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional, *in* Revista de Direito Civil (Imobiliário, Agrário e Empresarial), ano 17, julho/setembro/1993, p.22, reportando-se a Michele Giorgianni.

⁷⁵⁸ WIEACKER, Franz. Op. cit., pp. 365-366.

⁷⁵⁹ AMARAL, Francisco. A Descodificação do Direito Civil Brasileiro, *in* Revista do Tribunal Regional Federal – 1ª Região, Volume 8 – número 4, outubro/dezembro/1996, p. 640.

⁷⁶⁰ VARELA, João de Matos Antunes. O Movimento de Descodificação do Direito Civil, *in* Estudos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira, Forense, 1984, p. 501.

⁷⁶¹ *Idem*, p. 503.

⁷⁶² FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. Op. cit., p. 53.

constituições, ao menos diretamente, não lhe diziam respeito”.⁷⁶³ Tenha-se presente a citada reflexão de Konrad Hesse, de que, no direito privado liberal, o direito constitucional tinha uma importância secundária junto ao direito constitutivo da sociedade burguesa, tendo este primazia material em face da Constituição.

No século XIX, portanto, a natural historicidade dessas coordenadas explica a formação de um sistema fechado de direito privado e de uma teoria geral do direito civil, que impuseram ao direito positivo, pela primeira vez, as exigências metodológicas do jusracionalismo, exigências que, ao mesmo tempo, conferiram justificativa espiritual e expressão científica à imagem jurídica da sociedade civil do seu tempo.⁷⁶⁴ O prestígio científico do direito privado e da teoria geral do direito civil da pandectística elevou-os a modelos para as demais disciplinas jurídicas.

Nas culminâncias desse sistema sóciopolítico-jurídico, liberal e burguês, o Direito Civil, contendo a definição dos direitos fundamentais do indivíduo — no que se antecipava ao moderno direito constitucional —, era compreensivelmente o diploma básico de toda a sociedade; eleva-se “a núcleo central de um direito certo e estável, aplicável de modo seguro pelos juízes e garantidores de posições jurídico-subjectivas formadas na lei”. Vista de certo modo como uma refração das ideias individualistas da constituição, a função do Código Civil passa à de “dimensão central do direito positivo do Estado”.⁷⁶⁵

Nem só isso. Fonte formal principal do direito, os códigos civis fixam os seus princípios gerais, “remetendo o texto constitucional para a categoria de uma simples lei orgânica dos poderes políticos”. Neste cenário de segurança e de previsibilidade jurídicas, tendo por substrato o liberalismo econômico, centrado numa economia de livre iniciativa, o direito civil é o “núcleo central de um direito certo e estável, aplicável de modo seguro pelos juízes e garantidores de posições jurídico-subjectivas formadas na lei”.⁷⁶⁶ Cumeeira do sistema jurídico, o direito civil, sobretudo aquele contido no Código Civil, reunia a regulação mínima necessária para garantir a livre dinâmica dos negócios, voltada

⁷⁶³ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa, *in* Problemas de Direito Civil-Constitucional, Renovar, 2000, pp. 1-2.

⁷⁶⁴ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 628.

⁷⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina, 7ª Edição, 2003, p. 121

⁷⁶⁶ *Idem*, p. 121.

precipuaente para a proteçãõ da propriedade e da autonomia privada.⁷⁶⁷ Em última análise, do patrimônio.

Hoje, praticamente o consenso da civilística acentua (e, de certo modo, celebra axiologicamente) o ocaso do modelo de incomunicabilidade entre a constituição, de paradigma burguês, desinteressada das questões sociais, vista precipuaente como o estatuto da vida política do Estado, e o código civil, repositório das normas editadas pelo Estado para os particulares, “como monumento de permanência, de estabilidade, como uma referência firme e imutável para o direito comum, enquanto a constituição era dominada pelo princípio da instabilidade”.⁷⁶⁸

Não é simples e sem procelas, todavia, a travessia daquele estado de incomunicabilidade institucional entre os dois mundos normativos para o quadro contemporâneo do direito civil-constitucional, que pressupõe uma unidade essencial subjacente do ordenamento jurídico, regida pelo diálogo incessante das fontes normativas. Diferentes fatores, sobretudo sociais e políticos, marcam o itinerário da travessia para o atual quadro jurídico-normativo, que, nas já citadas palavras de Florez-Valdés, é caracterizado pela abertura dos vasos comunicantes existentes entre as artificiosas e formais catalogações do Direito. Chega-se a afirmar (com evidente exagero) que chegou ao fim a época da sociedade burguesa, cuja expressão mais tardia era o código civil.⁷⁶⁹

Na reflexão de Konrad Hesse, a alteração nas relações entre o Direito Constitucional e o direito privado expressa uma mudança de tarefas, de qualidade e das funções em cada um desses setores jurídicos, tendo por momento decisivo o final de 1ª Guerra Mundial, mudança que, aliada a uma função não modificada do direito privado — reger a disciplina básica dos factos jurídicos respeitantes à vida privada dos indivíduos —⁷⁷⁰, tem conduzido, por uma acomodação interna, a uma relação recíproca de complementaridade e dependência. Enquanto o direito constitucional não alcançasse um nível mais alto do que o

⁷⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, *in* Direito, Estado e Sociedade, volume 9, n. 29, julho/dezembro/2006, p. 234.

⁷⁶⁸ COSTA, Judith Martins. “Direito Civil e Constituição – Relações do Projeto com a Constituição”, *in* Comentários sobre o Projeto de Código Civil Brasileiro – Série Cadernos do Centro de Estudos Judiciários do CJP, n. 20-2002, p. 145.

⁷⁶⁹ HESSE, Konrad. Derecho Constitucional y Derecho Privado – traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Editorial Civitas, S.A., Primera Edición, p. 72.

⁷⁷⁰ VARELA, João de Matos Antunes. O Movimento de Descodificação do Direito Civil, *in* Estudos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira, Forense, 1984, p. 503.

direito das leis ordinárias — faltando, portanto, uma jurisdição constitucional —, a constituição não poderia alcançar transcendência para a prática diária do Estado ou para a prática da vida jurídica.⁷⁷¹

Do mencionado aspecto binário que, na avaliação de Michele Giorgiani, caracterizou a feição íntima e, a partir dela, as mudanças do direito privado oitocentista,⁷⁷² o próprio autor afirma que nada mais restou na trajetória da mudança: o direito privado perdeu o seu aspecto “constitucional” para o direito público, mais precisamente para o direito constitucional, e passou a constar das constituições no século XX, a iniciar-se pela Constituição de Weimar, de 1919; já o prestígio incontrastado do indivíduo, que não encontrava paralelo no direito privado — expressão de um sistema que exaltava a atividade do indivíduo —, entrou em progressivo aviltamento, seja nos domínios do direito, seja em qualquer expressão do pensamento humano.⁷⁷³

Na visão do autor, numerosos fatores situam-se na causa dessas duas modificações intestinas do direito privado, já no início do século XIX, como o nascimento da ideia moderna de Estado, gerenciado pela ideia de que a ele incumbe assumir aos poucos uma série de funções e de serviços antes deixados a cargo dos indivíduos e de entidades não estatais (i); a mudança do paradigma do direito subjetivo, de poder da vontade para interesse juridicamente protegido, o que inverte todo o fundamento do Direito, até mesmo o privado, que provém da vontade do Estado (ii); e as exigências da sociedade industrial, que compelem o indivíduo a sair do seu casulo privatístico, do seu isolamento, próprio de uma economia agrícola e de manufatura, para associar-se, nascendo a atividade sob a forma de empresas (iii).⁷⁷⁴

Esse conjunto de fatores, em lenta evolução, propiciam uma mudança radical na estrutura do sistema, que se afigura decisiva nos domínios do direito privado: seu ângulo de valoração deixa de ser o subjetivo, em face do qual o direito privado protegia a todo custo a tutela da atividade do indivíduo das intromissões do Estado, para ter um caráter objetivo ou

⁷⁷¹ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado* – traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Editorial Civitas, S.A., Primera Edición, pp. 69-70.

⁷⁷² O significado “constitucional” do direito privado, de extração jusnaturalista e racionalista (i), e a visão do direito privado como expressão de um sistema que privilegiava a atividade livre do indivíduo no âmbito da vida econômica (ii).

⁷⁷³ GIORGIANI, Michele. *Op. cit.*, p. 42.

⁷⁷⁴ *Idem*, pp. 42 e 43.

de conteúdo. De eixo decisivo da autonomia privada, fortaleza fechada da atividade do indivíduo, de inspiração jusnaturalista, o direito privado passa a um conjunto de normas e princípios emanados do Estado, voltados à disciplina de algumas atividades idôneas da vida social, destinadas à satisfação dos interesses e dos grupos organizados, de significado “conteudista”, que, ressalta Giorgianni, permitiu o ingresso, no território do direito privado de novos operadores econômicos distintos dos particulares, constituídos por entes públicos e mesmo pelo Estado — coletividade organizada, antítese do paradigma individual —, em atuação direta no mundo econômico.⁷⁷⁵

É de referir-se, também, nesse panorama cultural matizado, ao constitucionalismo moderno,⁷⁷⁶ contemporâneo do Estado liberal, sob o princípio “do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.⁷⁷⁷ A díade liberdade e propriedade, como já se acentuou, aparece nas batalhas revolucionárias da nascente burguesia capitalista e nos documentos e textos normativos mais importantes do constitucionalismo moderno, mas sob os auspícios do liberalismo, no qual a liberdade dos particulares constitui a cidadela sagrada da autonomia privada, à margem das relações políticas e constitucionais.

Em um plano de análise, o constitucionalismo, equivalente à “luta por uma Constituição limitativa do poder e de garantia de direitos individuais”,⁷⁷⁸ aparece como um aliado das codificações civis, em papéis diferentes, ideologicamente concebidos na afirmação do individualismo: o constitucionalismo, de um lado, expresso numa constituição escrita — vê-se a Constituição, desde o século XVIII, como um conjunto de

⁷⁷⁵ *Idem, ibidem*, pp. 43 e 44.

⁷⁷⁶ Conforme já anotado, observa Jorge Miranda que as primeiras Constituições escritas, em sentido moderno, incorporando a filosofia jusracionalista, são as Constituições das treze colônias, que dão origem aos Estados Unidos, e a Constituição americana de 1787, mas constitucionalismo como movimento revolucionário de vocação universal triunfa na França e de lá se irradia. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão não se dirige somente aos franceses, mas a todos os homens. (Cf. Manual de Direito Constitucional, Coimbra Editora, Tomo I, 4ª Edição, 1990, p. 108.)

⁷⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 7ª Edição, 2003, p. 51. O constitucionalismo moderno — diz Canotilho — legitimou o aparecimento da chamada constiuição moderna, entendida como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. (Cf. *Op. cit.*, p. 52.)

⁷⁷⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo II (Introdução à Teoria da Constituição)*, 2ª Edição, Revista, Coimbra Editora, 1988, pp. 7-8.

regras jurídicas definidoras das relações de poder⁷⁷⁹ —, limita profundamente o Estado e o poder político; a codificação, de outro, assegura no mundo econômico o mais amplo espaço para a autonomia privada dos indivíduos.⁷⁸⁰ Na arguta reflexão de Konrad Hesse, enquanto não houve constituições, o direito privado, baluarte autêntico da liberdade burguesa, seguia o seu próprio caminho.⁷⁸¹

Em outro plano, referido mais ao século XX, a Constituição (o constitucionalismo que ela fenomeniza), sobre “regular tão exaustivamente como no século XIX a vida política ao mesmo tempo em que se universaliza, perde a referência necessária ao conteúdo liberal”⁷⁸² e passa a hospedar outros conteúdos, mais afinados com o Estado social, com destaque para aquele aspecto “constitucional” do direito privado a que se refere Michele Giogianni, entrando em declínio conseqüentemente o prestígio até então incontestado do indivíduo.

Nesse salto, no qual a ideia de constituição já não coincide tanto com “as estratégias burguesas de legalidade” da codificação, o constitucionalismo afasta-se de certo modo da condição de aliado da codificação, dando ensejo ao diálogo de fontes, marca registrada do direito civil-constitucional. É que, no sentido moderno, a constituição liberal ordena, funda e limita o poder político e, ao mesmo tempo, reconhece, garante e exalta os direitos e liberdades do homem. As constituições liberais são consideradas como “códigos individualistas”.⁷⁸³ Dado o fato de que os núcleos liberdade, segurança e propriedade merecem a atenção da constituição e da codificação, estabelece-se uma interlocução entre ambas, num ambiente informado pela claridade dos princípios constitucionais.

A essa dinâmica das transformações do direito privado, de decisivo relevo no complexo causal da sua travessia para o direito civil-constitucional, associam-se outros fatores genéticos, ou concausais, entre os quais relacionam os autores uma certa fadiga das categorias do direito privado, e especialmente do código civil, em face das exigências da

⁷⁷⁹ *Idem*, p. 7.

⁷⁸⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil, *in* Revista de Informação Legislativa – Senado Federal, n. 141, janeiro/março – 1999, p. 101.

⁷⁸¹ HESSE, Konrad. Derecho Constitucional y Derecho Privado – traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Guttierrez –, Editorial Civitas, S.A., Primera Edición, pp. 35 e 37.

⁷⁸² MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo II (Introdução à Teoria da Constituição), 2ª Edição, Revista, Coimbra Editora, 1988, pp. 7-8.

⁷⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina, 7ª Edição, 2003, pp. 54, 55, 110 e 121.

moderna sociedade pluralista, que não se contenta com uma igualdade apenas formal, subjacente à construção conceitualista das codificações,⁷⁸⁴ informadas pelo mito da completude, na compreensão de uma regra para cada caso, que levava os operadores do direito a ater-se exclusivamente ao que estava escrito, atitude epistemológica que foi chamada, sobretudo em relação aos juristas franceses em face dos códigos napoleônicos, de fetichismo da lei.

Acentua Norberto Bobbio que “o código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se”.⁷⁸⁵ Mas a codificação e a sua crença incondicional na suficiência das leis, conquanto, pelas lentes de hoje, sejam vistas com muitas reservas, quando autorizada crítica procura destacar a exaustão da sua mensagem, não surgiram do nada. Embora seja visível o esgotamento cronológico do processo cultural da codificação, ela representa um produto refinado e bem recortado da história das instituições ocidentais, sob a perspectiva liberal, talhado à proteção do coração do sistema econômico e político: institucionalizar a iniciativa privada, proteger o proprietário e assegurar a livre disponibilidade dos seus bens.⁷⁸⁶

Nessa superestrutura ideológica há uma complexa tessitura de ideias, valores e paradigmas, majoritários no seu tempo, dos quais, como acentua Francisco Amaral, podem ser destacados o iluminismo, defensor do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os seus aspectos, opondo-se a ciência e a racionalidade crítica aos dogmas religiosos; o individualismo, cujo discurso punha o indivíduo como unidade referencial básica da sociedade, elegendo-o como a única finalidade das regras jurídicas; a ideia de direito como sistema de normas emanadas do Estado, por categorias gerais, dotadas de generalidade, persistência e obrigatoriedade; a segurança como valor fundamental — ordem, estabilidade, certeza e previsibilidade —, que encontra no positivismo o seu principal suporte; a apolitização do jurista, como mero *expert* da aplicação do direito, em princípio alheio à sua

⁷⁸⁴ FINGER, Julio Cesar. A Constituição e o direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil, *in* A Constituição Concretizada (construindo pontes com o direito público e o privado), INGO WOLFGANG SARLET – Organizador, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre – 2000, p. 95.

⁷⁸⁵ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, Editora Polis – Universidade de Brasília – UnB, 1989 (tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C.J. Santos), p. 121.

⁷⁸⁶ GOMES, Orlando. A Agonia do Código Civil, Revista Ciência Jurídica, Ano II, Volume 14, fevereiro – 1988, p. 22.

justiça; a ideia de centralidade do código civil como estatuto jurídico da sociedade civil nas relações da autonomia privada; e a separação rígida entre a produção do direito, a cargo do Estado, e a sua aplicação, a cargo sobretudo dos juízes.⁷⁸⁷

Todavia, como ressalta Orlando Gomes, já no tempo em que a norma geral prescrevia que o juiz não poderia negar-se a julgar alegando omissão da lei, admitia-se que a completude do Código Civil era uma ideia irrealizável. O que se tinha como inatingível em códigos que constituíam um sistema fechado, “tornou-se uma impossibilidade na sociedade industrial, complexa e diferenciada”. Apesar de continuar como ponto de referência nas reflexões habituais dos juristas, o código civil perde densidade e importância e entra em agonia.⁷⁸⁸

3.2.2 Direito Civil-Constitucional – O Desprestígio da Codificação

A crescente exaustão dos paradigmas clássicos do direito privado, expresso sobretudo na perda da tradicional centralidade do código civil em relação ao sistema jurídico, recebe especial atenção da doutrina civilista mais recente, que trata do tema como um movimento de rebeldia à ideologia da codificação.

Alude-se insistentemente a uma onda irreversível de descodificação, tratada quicá pioneiramente na Itália por Natalino Irti como o fenômeno pelo qual o código civil, com a ruptura da sua unidade interna, perde a sua tradicional prerrogativa de direito geral. Setores inteiros antes a ele vinculados são subtraídos não só geograficamente do seu território, mas também postos sob princípios autônomos e antitéticos aos postulados do código.⁷⁸⁹ Na avaliação de Irti, de 1978, o modelo de Estado social do pós-Segunda Guerra Mundial transformou profundamente a legislação da Europa, propiciando uma verdadeira fuga do Código Civil (o italiano de 1942, no caso) em direção ao eixo axiológico da Constituição.⁷⁹⁰

⁷⁸⁷ AMARAL, Francisco. Op. cit., pp. 641-642.

⁷⁸⁸ GOMES, Orlando. A Agonia do Código Civil, Revista Ciência Jurídica, Ano II, Volume 14, fevereiro – 1988, p. 24.

⁷⁸⁹ FLÓREZ-VALDEZ, Joaquín Arce Y. Op. cit., pp. 60-61.

⁷⁹⁰ TIMM, Luciano Benetti, “Descodificação”, Constitucionalização e Descentralização no Direito Privado: O Código Civil ainda é útil?, Revista de Direito Privado, n. 27, Ano 7, junho/setembro/2006, Editora Revista

Consigna Antunes Varela que, nos últimos decênios, a partir sobretudo da 1ª Guerra Mundial, numa sociedade informada pelas mudanças sociais oriundas da industrialização nos países mais evoluídos, que provocou o afluxo crescente das massas operárias aos grandes centros, associada à inserção da máquina nos processos produtivos e ao aumento do número e da gravidade dos acidentes de trabalho, o direito tende a evadir-se dos códigos, esvaindo-se o espírito sistemático, requintadamente cultivado pela civilística oitocentista. Manifesta a sociedade uma preferência pela legislação avulsa, pelas leis especiais, tendência que tem como centro de gravidade a inserção na Constituição da definição dos princípios básicos de cada setor da vida social e das regras fundamentais da ordem jurídica.⁷⁹¹

Entre as múltiplas circunstâncias, de natureza diversa, que teriam contribuído para tamanha transformação no mundo do direito no primeiro pós-guerra, destaca o autor a prevenção contra o espírito totalitário do regime derrotado na guerra, que levou à definição e à tutela das liberdades políticas fundamentais do cidadão, e ao fenômeno do associativismo, pelo qual as pessoas, em vez de permanecer dispersas e isoladas diante do Estado moderno, socialista ou intervencionista, organizaram-se em derredor dos seus interesses, o que começou pelo sindicalismo operário, em busca de suas reivindicações, e se estendeu ao patronato, numa espécie de legítima defesa em face do enfraquecimento do poder diretivo das empresas pela força política das organizações sindicais. Surge, portanto, na produção e na execução das leis, um ambiente distinto do que informava o Estado liberal, manifestamente hostil, em certa proporção, à codificação.⁷⁹²

Afirma-se que o código civil deixou de ser o centro geométrico da totalidade da ordem jurídica constituída, deslocando-se a primazia da legislação para o corpo da constituição.⁷⁹³ Na Constituição são introduzidos “os princípios e normas que estabelecem

dos Tribunais, pp. 224-225. (Adverte o autor que o artigo de Natalino Irti teve grande repercussão na doutrina, ainda que com menos radicalidade, e que ele próprio voltou a escrever várias vezes sobre o tema, sempre revendo alguma questão em relação ao texto original – p. 224.)

⁷⁹¹ VARELA, João de Matos Antunes. O Movimento de Descodificação do Direito Civil, *in* Estudos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira, Forense, 1984, pp. 500, 501 e 503.

⁷⁹² *Idem*, pp. 510-512.

⁷⁹³ *Idem, ibidem*, p. 508.

deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica”⁷⁹⁴ e ali são demarcados limites em temas antes reservados com exclusividade ao código civil, como a autonomia privada, com a imposição de limites à atividade econômica, e a função social da propriedade. São também decisivas nessas transformações as diretrizes do Estado social, incorporadas pela constituição. Antes desinteressada pelas relações sociais, a constituição passa a inscrevê-las em sua agenda, incorporando valores que aos poucos vão sendo positivados.⁷⁹⁵

No núcleo do princípio do Estado social reside a noção de limitação do conteúdo dos direitos subjetivos. A responsabilidade pela existência social e pelo bem-estar dos outros não é somente da sociedade senão também do indivíduo. Para além dos fins que lhe são próprios, o direito privado deve servir também a finalidades sociais,⁷⁹⁶ o que mina a ideia de um direito civil voltado primordialmente para o mundo privado do indivíduo. Dar-se-ia “uma dissolução sistemática da unidade do direito civil através da autonomização de domínios particulares precisamente dos campos socialmente mais significativos do direito civil”.⁷⁹⁷

A partir desse ângulo de maior foco da descodificação — a ruptura da sua unidade interna —, a sua forma externa de desagregação estaria na proliferação de leis especiais que nascem separadas do Código Civil, para atender a novas e específicas situações sociais, sem prejuízo, todavia, da noção de sistema, desempenhando o código a função de direito comum, o que, na crítica de Flórez-Valdez, não constituiria o cerne da real descodificação, exatamente porque preservada a centralidade do Código.⁷⁹⁸

Conquanto a ruptura da unidade interna do direito civil, com a perda, pelo código civil, da força tradicional de polo do sistema, seja efetivamente a face verídica da descodificação, a sua parte emersa é efetivamente a proliferação da legislação avulsa, frequentemente desgarrada da noção de monossistema, à causa de exigências sociais inderrogáveis.

⁷⁹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, *in* Temas de Direito Civil, 3ª Edição, Renovar, 2004, p. 7.

⁷⁹⁵ FINGER, Julio Cesar. Op. cit., p. 93.

⁷⁹⁶ WIEACKER, Franz. Op. cit., pp. 624-625.

⁷⁹⁷ *Idem*, p. 628.

⁷⁹⁸ FLÓREZ-VALDEZ, Joaquín Arce Y. Op. cit., p. 60.

Em cenário brasileiro, alude-se às leis excepcionais, que sempre coexistiram com o código civil, mas elas não se relacionam propriamente com o fenômeno da descodificação. As leis excepcionais, ditas extravagantes,⁷⁹⁹ editadas em situações sociais contingenciais e conjunturais, mesmo afastando-se da principiologia codificada, faziam-no em caráter de exceção, não infirmando o sentido de sistema e a aspiração de completude do código. Representativas do fenômeno, sim, são as leis especiais que regem, sem nenhum caráter emergencial, matérias não cuidadas pelo código, que perde o monopólio da regulação das relações patrimoniais privadas.⁸⁰⁰ Em relação a essas leis especiais — marcadas, por sua técnica, objeto e especialização em relação ao corpo codificado⁸⁰¹ —, o código civil passa a ser o direito comum.⁸⁰²

Mas a demonstração seguramente de maior ressonância desse pluralismo normativo descodificador situa-se em verdade numa terceira fase, na qual o código civil, que já perdera a condição de polo central do sistema num primeiro momento e a de direito comum num segundo, passa a ostentar a condição de direito civil residual em face de sistemas normativos menores, porém completos e interdisciplinares,⁸⁰³ que disciplinam “extensas matérias, e passam a ser designados como estatutos, veiculando não apenas normas de direito material, mas também processuais, de direito administrativo, regras interpretativas e mesmo de direito penal”.⁸⁰⁴ Nessa fase, que verdadeiramente seria a última expressão da perda da centralidade e do prestígio da codificação, afirma-se, com certo exagero, que

⁷⁹⁹ Extravagantes porque, não estando incorporadas ao Código, essas leis literalmente vagavam fora da sua estrutura. (Cf. De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, Forense, 2004, p. 590.)

⁸⁰⁰ Cita Orlando Gomes como exemplos a legislação do trabalho e o Estatuto da Terra – Lei 4.504, de 30/11/1964. (Cf. *A Agonia do Código Civil*, Revista Ciência Jurídica, Ano II, Volume 14, fevereiro – 1988, p. 22.)

⁸⁰¹ Essas leis, como anota Gustavo Tepedino, foram muito editadas no Brasil a partir dos anos 30, com assento na Constituição de 1934, dada a necessidade de o Estado fazer frente aos conflitos sociais emergentes e a situações outras movidas pela realidade econômica. Pelas leis especiais, ressalta, o Estado brasileiro levou a cabo longa intervenção assistencialista, cuja expressão, no direito das obrigações, expressa-se no dirigismo contratual. (Cf. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, in *Temas de Direito Civil*, 3ª Edição, Renovar, 2004, pp. 5-6).

⁸⁰² TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, in *Temas de Direito Civil*, 3ª Edição, Renovar, 2004, pp. 4, 5 e 6.

⁸⁰³ Constituem exemplos desses Estatutos, entre outras leis, a Lei 8.078, de 11/09/1990, que dispõe sobre a proteção ao consumidor; a Lei 8.245, de 18/10/1991, sobre a locação predial urbana; e a Lei 8.069, de 13/07/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁸⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, in *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, Renovar, 2000, p. 4.

restaria ao código civil uma função meramente residual, aplicando-se somente às matérias não regidas pelas leis especiais.⁸⁰⁵

Trata-se da era dos estatutos, caracterizados, por outro lado, pela peculiaridade do seu caráter “contratual”, posto não serem editados à moda clássica, por categorias gerais e abstratas, à vista do cidadão comum, e sim por impulso, negociação e acompanhamento cerrado por parte dos respectivos setores da sociedade — associações, sindicatos, categorias econômicas —, diretamente interessados e socialmente localizados. A era dos estatutos traz a inédita figura contemporânea do legislador-negociador, com vocação para a contratação, para a negociação, que produz uma legislação para determinados grupos sociais.⁸⁰⁶

Esse tempo, que para alguns soaria como de uma socialização do direito privado à margem dos códigos,⁸⁰⁷ é a era dos polissistemas. Leis especiais — anota Orlando Gomes — distinguem-se do código civil e o enfrentam, constituindo microssistemas caracterizados “pela especialidade e pela diferenciação ou concretude”, que inoculam “novos princípios de disciplina das relações jurídicas a que se dirigem”.⁸⁰⁸ Em relação a esses microssistemas, centros normativos de gravidade autônomos, praticamente nenhuma influência mantém o código civil.

Em face desse ambiente normativo fragmentado, no qual a segurança jurídica perde espaço “para os valores do bem comum e da justiça social”, projeta-se, em contrapartida, uma mudança de linha interpretativa que trate o “direito como experiência problemática imposta pela realidade social”,⁸⁰⁹ em detrimento do culto ao pensamento sistemático lógico-dedutivo. O pensamento jurídico passa a pautar-se mais pelos valores e menos por interesses, “recorrendo cada vez mais às cláusulas gerais e aos princípios jurídicos, categorias que não permitem maior rigor no trabalho lógico-dedutivo, ou raciocínio de

⁸⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, *in* Temas de Direito Civil, 3ª Edição, Renovar, 2004, p. 12.

⁸⁰⁶ *Idem*, p. 10. (O autor se reporta à lição de Natalino Irti, *in* L’età della decodificazione, Milano, Giuffrè, p. 29.)

⁸⁰⁷ VARELA, João de Matos Antunes. O Movimento de Descodificação do Direito Civil, *in* Estudos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira, Forense, 1984, p.504.

⁸⁰⁸ GOMES, Orlando. A Agonia do Código Civil, *Revista Ciência Jurídica*, Ano II, Volume 14, fevereiro – 1988, p. 23.

⁸⁰⁹ AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, pp. 645 e 649.

subsunção, o que leva a falar-se atualmente em perdas de certeza do pensamento jurídico”.⁸¹⁰

Com o resgate do pensamento problemático, participa o juiz do processo criador do direito, como legislador. Dá-se em considerável proporção um recuo em relação ao carácter da codificação e, ao mesmo tempo, em relação aos conceitos jurídicos e às conexões construtivas que povoavam a base recorrente do direito civil. Ressalta Franz Wieacker que “toda a ruptura direta da jurisprudência em direção à função social é necessariamente paga com a destruição do sistema, com a reformulação dos conceitos, com o abuso ou o abandono dos sistemas construtivos”. A prática do direito sente como mais importante na sua tarefa “não a solução sistemática ou conceitualmente justificada ou elegantemente construída, mas a decisão do caso concreto de acordo com a razão jurídica dos quadros duma determinada ordem jurídica”.⁸¹¹

As duas atitudes comportam reparos. Censura-se o juiz do positivismo pelas decisões não realistas, em face do apego firme às tradições e às construções sistemáticas e conceituais; e o juiz da atualidade, de praticar uma justiça experimentalista, sem compromissos maiores com os princípios básicos. A censura, anota Franz Wieacker, “é anulada pela nova relação do juiz com a lei e pelas exigências da base social e não toca o cerne da responsabilidade social dos juízes”, mas constitui um aviso aos legisladores, aos operadores e aos teóricos do direito para estarem em alerta, “de uma forma mais intensa do que até hoje, ao carácter espiritual limitado do nosso ordenamento jurídico privado”.⁸¹²

Projeta-se, dessa forma, em face de uma ordem normativa caracterizada pelos polissistemas, como está à vista, uma adesão mais (ou primordialmente) à tópica do que à sistemática. A técnica do pensamento do julgador orienta-se mais para o problema, sob cujas esferas operam-se as classificações. O caso concreto é que orienta o jogo da ponderação.⁸¹³ O problema e as suas vertentes passam a ser os guias atuantes de solução da controvérsia. Adota-se uma técnica de justificação concreta da solução (extracientífica) dos

⁸¹⁰ *Idem*, p. 649.

⁸¹¹ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 627.

⁸¹² *Idem, ibidem*, p. 627.

⁸¹³ VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência – Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos (tradução da 5ª edição alemã, revista e ampliada, de Kelly Susane Alflen da Silva), Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008, pp. 33 e 34.

problemas, desligados entre si, com a sua real identidade, ao invés de solução com o recurso a princípios pré-elaborados.⁸¹⁴

A técnica da tópica, aliás, como lembra Menezes Cordeiro, está na origem do direito civil. Quando, na antiga sociedade romana, alcançou-se um desenvolvimento sociocultural mínimo, a solução dos problemas, na ausência de normas gerais e abstratas, ocorria caso a caso, com base no bom senso e em critérios de oportunidade. Obtidas as soluções, eram elas justificadas com recurso a referências (tópicos) que levassem à aprovação social. Com o decurso do tempo e o cuidado na solução dos problemas, surgiam certas regularidades de soluções, fundadas em estruturações minimamente estáveis.⁸¹⁵

O fenômeno da descodificação, destacado pela civilística como o despertar da nova era dos polissistemas, mais apropriada para os tempos velozes da modernidade, já muito distantes da principiologia liberal-individualista da pandectística, é tido por alguns, num certo alarmismo, como uma manifestação sintomática e irreversível do ocaso da codificação.⁸¹⁶ Porém, nas sociedades capitalistas, que se pautam pela livre iniciativa, cujas atividades não prescindem da previsibilidade nos investimentos, da estabilidade normativa e, conseqüentemente, da segurança patrimonial, ainda que informadas pelos interesses coletivos maiores, quiçá não se divise muito próximo o suposto ocaso das codificações, a despeito da tendência à elevação dos princípios fundamentais do direito civil à estatura constitucional.

Posto que se imponha, em face do diálogo de fontes, um novo *design* exegético do direito civil à luz da constituição, ele não elimina necessariamente o espaço material da codificação. Registros mais recentes, inclusive, sinalizam paradoxalmente para um certo

⁸¹⁴ Lembra Menezes Cordeiro que a tópica e a sistemática são, na realidade, complementares entre si. Se a tópica implica que os problemas, desligados entre si, encontrem uma solução extracientífica, esta solução, todavia, deveria ser depois fundamentada de modo a convencer os interlocutores e especialmente um adversário de discussão. Portanto, a missão da tópica seria encontrar os lugares argumenativos necessários. (Cf. António Menezes Cordeiro, *in* Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Tomo I, 3ª Edição, 2005, Livraria Almedina, p. 63.)

⁸¹⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Op. cit.*, pp. 63 e 65.

⁸¹⁶ Afirma Orlando Gomes que a passagem do monossistema para o polissistema não é um episódio efêmero, e sim uma injunção dos novos tempos. (Cf. A Agonia do Código Civil, Revista Ciência Jurídica, Ano II, Volume 14, fevereiro – 1988, p. 28.) Francisco Amaral, por seu turno, afirma que um juízo realista deve reconhecer como consumado o declínio do Código Civil, não subsistindo razões para um novo Código, a não ser puramente formais. (Cf. A Descodificação do Direito Civil Brasileiro, *in* Revista do Tribunal Regional Federal – 1ª Região, Volume 8 – número 4, outubro/dezembro/1996, p. 649.)

retorno à codificação,⁸¹⁷ ainda que sob novos tempos: como informa Cláudia Lima Marques, os franceses optaram por manter intacto o célebre *Code Napoléon*, de 1804, editando em 1993 um Código de Consumo (*Code de la Consommation* – Lei 93-949, de 26/07/1993); os italianos, da mesma forma, a despeito de editar em 1995 um *Codice del Consumo*, fizeram incluir na parte especial do seu *Codice Civile* de 1942 normas contratuais de proteção ao consumidor; por último, os alemães introduziram no seu Código Civil de 1900 (BGB), em 2002, todas as leis especiais de defesa do consumidor,⁸¹⁸ registrando-se, portanto, um surpreendente retorno à codificação. (Isso para não falar no caso do Brasil, que, vencendo a forte resistência de grande parte do mundo acadêmico civilístico, instituiu novo Código Civil em 2002, pela Lei 10.406, de 10 de janeiro daquele ano.)

Em trabalho de 1986, Clóvis do Couto e Silva, comentando as alterações no direito privado brasileiro já a partir da vigência do Código Civil de 1916 — na propriedade, no direito contratual, no direito de família —, indagava se ainda faria sentido a ideia de Código como um *corpus iuris* completo e acabado, em face da plethora de leis especiais. E respondia negativamente, sem deixar de advertir, de um lado, que tal ideia de plenitude codificada nunca se realizara plenamente e, de outro, que, não obstante isso, seria apressada a conclusão que desse por ultrapassada por completo a ideia de um código, sem a qual o direito se tornaria incompreensível, invertebrado, à mingua de um núcleo valorativo e de uma técnica comum. E concluía que, mesmo não mais se justificando o código como totalidade normativa,⁸¹⁹ mais do que nunca se justificava a necessidade de um código civil como Código central, “como elemento indispensável à preservação da unidade ideal do próprio direito privado.”⁸²⁰

⁸¹⁷ Observe-se que, embora o modelo de codificação seja a civilística, a ideia, no Brasil, expandiu-se tradicionalmente para os outros ramos do Direito, material e processual, cujos Códigos, a despeito da numerosa legislação especial — exemplifique-se com os Códigos Penal e Tributário —, permanecem incólumes. Fala-se, aliás, recorrentemente, na necessidade de novo Código Penal, de novo Código Tributário etc.

⁸¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?, in *A Nova Crise do Contrato – Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*, Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 68-69, 70-72 e 73-74.

⁸¹⁹ E lembrava, na ideia primeira de codificação, a pretensão de abrangência do Código da Prússia, que continha mais de 19.000 artigos!

⁸²⁰ SILVA, Clóvis V. do Couto e. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de Futuro – Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Florença, em 06/05/1986, como Professor

3.2.3 Direito Civil-Constitucional – Abordagem Crítica

Resta superada em definitivo, de toda forma, a ideia de Constituição como documento somente político, endereçado ao legislador. A partir da Segunda Guerra, sobretudo, impôs-se definitivamente a ideia de supremacia normativa da constituição e da eficácia direta dos preceitos constitucionais que tutelam posições jurídicas subjetivas.⁸²¹ Cúspide do sistema normativo, a constituição manifesta incidência sobre a universalidade do ordenamento jurídico, sem exceção para o direito privado, forçado a modificar as suas velhas estruturas. O Estado social culmina uma evolução pela qual a consecução dos fins de interesse geral deixa de limitar-se à atuação do Estado e se harmoniza numa ação mútua do Estado e da sociedade.⁸²²

O fenômeno do direito civil-constitucional, de inegáveis densidades dogmáticas e pertinência contemporânea, não deixa de submeter-se a críticas, debitadas, de um lado, a um certo fundamentalismo de alguns dos seus defensores e, de outro (sobretudo), em face da necessidade de uma avaliação mais aproximada do alcance da sua perspectiva dogmática e, conseqüentemente, da correta fixação do seu significado, e até mesmo da sua terminologia.

Alude Moreira Alves à tendência de seguirem-se de forma acrítica as ideias extremamente valorizadas na Itália de Pietro Perlingieri acerca da constitucionalização do Direito Civil. É que — diz ele — o direito civil não está constitucionalizado, pois o direito constitucional na realidade não constitucionaliza um instituto pelo fato apenas de contemplá-lo em linha de princípio.⁸²³ A ser assim, a mesma regra valeria para o direito tributário, para o direito processual, para o direito comercial e outros, todos tratados na

Visitante, a convite do *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giurídico Moderno.*, in *AJURIS* – 40 (Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul), pp. 147-149.

⁸²¹ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Op. cit.*, p. 732.

⁸²² FLÓREZ-VALDEZ, Joaquín Arce Y. *Op. cit.*, pp. 27, 32 e 33.

⁸²³ Observa o autor que a Constituição brasileira de 1988 contém muita matéria que não é de Constituição, que nem por isso fica constitucionalizada, e exemplifica com a previsão de impossibilidade de admitir o Poder Judiciário, antes do esgotamento das instâncias da justiça desportiva, regulada por lei, de ações relativas à disciplina e às competições desportivas (art. 217, § 1º).

Constituição. O que ocorre, ressalta o autor, é que a Constituição disciplina valores que se aplicam hierarquicamente aos diferentes ramos do direito.⁸²⁴

Conquanto a crítica seja um alerta para o engajamento de quem chega a falar em publicização ao direito privado, de decadência ou mesmo de desaparecimento do direito civil,⁸²⁵ e até mesmo porque uma previsão de direito privado não se convola em direito constitucional pelo fato de ser referida na Constituição, a realidade é que o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil não se resume a uma previsão constitucional tópica de alguns institutos do direito privado — propriedade, contrato, livre iniciativa, direito hereditário, família —, segundo o figurino das constituições liberais, tampouco a uma questão apenas formal, de natureza terminológica. Também não se trata de simples diretriz hermenêutica, sabido que toda interpretação que se pretenda sistemática não pode abdicar, também, do matiz constitucional e que, em face da supremacia da constituição, todo direito deve ser constitucional sob pena de ser nulo ou inexistente.⁸²⁶

Críticas outras são igualmente endereçadas à perspectiva civil-constitucional. Afirma Menezes Cordeiro que ela, pelo fascínio dos textos constitucionais, compreensível em razão dos abusos perpetrados na primeira metade do século e pela perfeição obtida nos textos constitucionais mais desenvolvidos, “tem levado a um neopositivismo que, pretendendo aproveitar, ao máximo, as potencialidades das leis fundamentais, pode ameaçar o renascer de discursos centrais, com progressões dedutivísticas”.⁸²⁷ Canotilho, fazendo menção a Konrad Hesse, alude aos riscos de uma “panconstitucionalização” da ordem jurídica privada e a uma “colonização” do direito privado em face da hipertrofia irradiante dos direitos fundamentais.⁸²⁸

Outras críticas veem nela um fenômeno quiçá passageiro, cujo fôlego histórico não projetaria um horizonte muito distante. Datada historicamente, perderia sua coerência

⁸²⁴ ALVES, José Carlos Moreira, Aspectos Gerais do Novo Código Civil Brasileiro, III Jornada de Direito Civil – CJP, Centro de Estudos Judiciários, 2005, p. 28.

⁸²⁵ FINGER, Julio Cesar. Op. cit., p. 85.

⁸²⁶ SARTI, Amir José Finocchiaro. A Constitucionalização do Direito Civil, *in* Revista Jurídica, Ano 51, Outubro/2003, n. 312, pp. 32-33.

⁸²⁷ CORDEIRO, Antonio Mnauel da Rocha e Menezes. Da Boa Fé no Direito Civil, Livraria Almedina – Coimbra, 2001, p. 1275.

⁸²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização ao Direito Constitucional ou Constitucionalização ao Direito Civil – Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno, *in* Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides – Organizadores: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho – São Paulo, Malheiros, 2000, p. 113.

ideológica em face das tendências dominantes no cenário político mundial, estando fadada a não sobreviver ao desmoronamento do Estado social e às constituições dirigentes⁸²⁹ — as bases políticas e ideológicas contemporâneas ao seu florescimento.⁸³⁰ Os princípios contidos nas constituições e nas leis especiais seriam substituídos por normas supranacionais, uniformes, regidas pelas leis do mercado e revocacionadas à restauração da autonomia privada, da centralidade do código, fazendo com que as constituições, em crise, esgotassem a sua força propulsora.⁸³¹

As inexoráveis “forças normativas” do mercado, sob a égide da globalização, conduziriam a uma nova ordem mundial marcada pelo enfraquecimento do direito estatal, tornando anacrônicas as “análises e os modelos teóricos que, tal como a perspectiva civil-constitucional, insistem no recurso a conceitos e instituições que teriam sido ab-rogados pelos usos e costumes da globalização”.⁸³² Estariam de volta, mercê das forças espontâneas e incontroláveis do mundo globalizado, os valores do liberalismo e do individualismo, que por natureza desconfiam da presença do Estado e das suas instituições, sempre associados às mazelas da incompetência, da ineficiência, da corrupção. Seria o reino absoluto da *lex mercatoria*.

Há certo exagero nessa crítica. Conquanto a economia de livre mercado pressuponha uma redução do papel do Estado no mundo econômico, a projeção do esvaziamento da soberania, ou mesmo o fim do Estado-nação, pressupostos do referido enfraquecimento ou do desaparecimento do direito estatal, constituem seguramente uma quimera. Conquanto a filosofia do pragmatismo se pautar pela efetividade, em números que fecham, e dê pouca importância à força transformadora do direito, o fato é que “nem sempre o Direito fotografa a realidade, porque pretende mudá-la. O direito é justamente

⁸²⁹ Aquelas que, na linha de Gomes Canotilho, definem fins, estabelecem tarefas e criam imposições legiferantes.

⁸³⁰ NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: Novos Paradigmas, 2ª Edição, Editora Renovar, 2006, pp. 69 e 70.

⁸³¹ Esse seria o atual diagnóstico do ideólogo da perspectiva civil-constitucional, Natalino Irti, segundo o retrata Gustavo Tepedino, in “Editorial: do Sujeito de Direito à Pessoa Humana”, in Revista Trimestral de Direito Civil, Volume 2, Rio de Janeiro: Padma, janeiro/março/2000, pp. V e VI.

⁸³² NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 72.

isto, uma força de transformação da realidade. A realidade é também econômica, e não só econômica.”⁸³³

As relações entre o mundo normativo e o mundo social, a despeito da inflexibilidade das forças do mercado, não raro suplantando os valores da ética comunitária, são, todavia, reciprocamente alimentadas e processadas. Nenhuma delas opera de forma unilateral. Na oportuna observação de Perlingieri, estabelecida a recíproca influência “entre os aspectos sociais, econômicos, políticos e aqueles normativo-jurídicos, a transformação de um aspecto econômico, político, ético incide — às vezes profundamente — sobre a ordem normativa e vice-versa”.⁸³⁴

Outra crítica à perspectiva civil-constitucional está centrada na tormentosa questão da eficácia direta dos princípios constitucionais em face das relações do direito privado, a qual, sem a interposição indispensável do legislador, levaria a um grave quadro de insegurança e de incerteza, em detrimento até mesmo dos papéis institucionais da lei e dos processos democráticos, assumidos em escala crescente pelo Poder Judiciário e de forma não raro contramajoritária, no monopólio que lhe incumbe, nos sistemas democráticos, da fixação do conteúdo dos princípios constitucionais.⁸³⁵

Para destacar o exagero de uma cultura jurídica no paroxismo de um controle judicial geral, afirma Hesse que a constituição e seus fundamentos — a dignidade da pessoa, as liberdades asseguradas nos direitos fundamentais, a igualdade jurídica e os princípios da ordem estatal, sobretudo os da democracia e do Estado social de direito —, têm experimentado tamanho realce que resultam elevados a uma autoridade suprema, similar à da Bíblia.⁸³⁶ Mas nem todas as consequências desse garantismo constitucional passam sem contratemplos.

Destacam alguns que, como a dimensão horizontal dos direitos fundamentais lida com sujeitos igualmente merecedores de tutela, segue-se que ela, sem a interposição do

⁸³³ PERLINGIERI, Pietro. Normas Constitucionais nas Relações Privadas, *in* Revista da Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, UERJ – Renovar, 1998, p. 65.

⁸³⁴ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional, 2ª Edição, tradução de Maria Cristina De Cicco, Editora Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2002, p. 2.

⁸³⁵ HESSE, Konrad. Derecho Constitucional y Derecho Privado – traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez –, Editorial Civitas, S.A., Primera Edición, pp. 60, 63, 65 e 66.

⁸³⁶ *Idem*, p.71.

⁸³⁶ *Idem, ibidem*, p. 60.

legislador, pode levar com frequência a uma situação jurídica de colisão de direitos fundamentais interprivados, ambos em princípio merecedores de tutela, cuja solução impescinde de ponderação e, por consequência, dificilmente será compatível com a missão de um direito privado no Estado de Direito, que demanda regras claras, detalhadas e determinadas.

Objeta-se que isso não seria novidade nem um preço a pagar pela perspectiva civil-constitucional, tendo em conta que a eficácia dos direitos fundamentais em face dos particulares justificou-se historicamente “a partir da identificação, no âmbito destas relações entre particulares, de desequilíbrios análogos àquele desequilíbrio fundamental entre o Estado e o indivíduo”.⁸³⁷ Mas não se pode negar que a contratação privada não raro efetivamente impulsiona interesses contrapostos igualmente protegidos, razão por que o conflito da liberdade consigo mesma pode conduzir a um espaço povoado de antinomias valorativas. “A vinculação que afecta uma certa posição de liberdade é, ela própria, o resultado de uma manifestação volitiva que põe em acção a personalidade do agente, visando ainda, não raramente, alcançar bens dignos de tutela.”⁸³⁸

Adverte Franz Wieacker, entretanto, ao falar da limitação dos direitos subjetivos como núcleo do princípio do Estado social, que essa tendência tem tamanha firmeza nos sentimentos da atualidade que os perigos são facilmente passados por alto; e que a progressiva desatenção “à inviolabilidade dos direitos provenientes dos contratos com um fundamento moral irrepreensível e o enfraquecimento do sentido de cumprimento escrupuloso das obrigações assumidas”, em nome de um utilitarismo social, contraposto ao individualismo rigorista do meado do século passado, têm base na concepção de que o direito, além dos seus próprios fins, deve também servir ao social. Mas, alerta, tal concepção não representa toda a verdade.⁸³⁹

Deve ser afastada a atmosfera de pânico. As formulações doutrinárias do direito civil-constitucional não aterrissam com a mesma beleza plástica e com a mesma pureza com as quais são concebidas. Na lúcida anotação de Michele Giorgianni, qualquer ideia que se transforme em ato é sempre acompanhada de certas “impurezas”, isto é, concessões em

⁸³⁷ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 101.

⁸³⁸ RIBEIRO, Joaquim de Souza. Op. cit., p. 746.

⁸³⁹ FRANZ, Wieacker. Op. cit., pp. 624-625.

relação às ideias sobre as quais se assentava o sistema.⁸⁴⁰ Como se verá mais adiante, nos modelos de relação entre os direitos fundamentais e as relações entre particulares, o que mais se destaca no mundo contemporâneo é o dos efeitos indiretos, pelo qual a influência (dos direitos fundamentais) nas relações entre particulares se dá de forma mediata, através do material normativo do próprio direito privado, “dos princípios e normas próprios do direito privado.”⁸⁴¹ A dimensão horizontal dos direitos fundamentais não representa, *ipso facto*, um atentado ou uma ameaça à autonomia privada, tampouco às ideias centrais do direito privado, tendo em vista que, “sempre que possível, essa produção de efeitos, para usar uma expressão consagrada, se dá por intermédio do material normativo do próprio direito privado, o que garante a sua autonomia”.⁸⁴²

O que se altera, naturalmente, na perspectiva hermenêutica e em contraponto à visão da autonomia privada do século XIX, é que as suas normas, quando isso se fizer necessário — quando, *v.g.*, num caso específico, um fator de diferenciação de um dos atores, mesmo fruto de uma contratação, atente contra um direito fundamental do outro —, devem ser relidas e, conseqüentemente, interpretadas também e principalmente com base nos princípios que regem os direitos fundamentais, e não como se fizessem parte de um mundo isolado, corolário natural da separação da sociedade e do Estado, própria da concepção do Estado liberal.

3.2.4 Direito Civil-Constitucional – Repasse da Questão Terminológica

Um exame mais aproximado do real significado e do alcance do direito civil-constitucional, passando pelo aspecto terminológico, quiçá possa contribuir para uma melhor compreensão do tema, ainda tão inçado de polêmicas. Inicie-se com um retorno à reflexão de Michele Gioggianni, quando, ainda em 1961, analisando se as transformações do direito privado dos últimos 150 anos poderiam ser explicadas apenas em razão da sua

⁸⁴⁰ GIORGIANNI, Michele. Op. cit., p. 38.

⁸⁴¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 252.

⁸⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., pp. 27 e 76.

absorção pelo direito público (“publicização”), já respondia de forma negativa para debitá-las sobretudo às íntimas modificações operadas historicamente na sua estrutura interna.

Em virtude dessa transformação interna, afiança que o aspecto que denomina de “constitucional”, contido no direito privado⁸⁴³ oitocentista, versando as disposições preliminares sobre a lei, o gozo dos direitos civis e sobre a cidadania, que funcionava como um estatuto do cidadão em face da atividade do Estado e que por inércia continuava nos códigos modernos, passou modernamente para o mais público dos direitos, o direito constitucional, vindo a ser consignado nas constituições dos Estados modernos, a partir da Constituição de Weimar. Não divisa o autor a propalada “publicização” do direito privado, ou a sua “socialização”, senão uma alteração do seu território, não por conquista, e sim por abandono.⁸⁴⁴ O direito privado é que, pelo progressivo ofuscamento do seu significado individualista, abandonou o seu conteúdo “constitucional”, dele se apropriando o direito público.

Em análise que de certo modo se põe na mesma direção, com o intuito de fixar o conteúdo jurídico-civil da constituição e, conseqüentemente, o significado do atual direito civil-constitucional, destaca Flórez-Valdés que uma leitura da constituição, mesmo perfunctória, mostra que ela contém uma série de preceitos sobre matérias que se encaixam no conteúdo material intrínseco do direito civil, formado há séculos — em essência, o mesmo que constituía o núcleo do direito civil romano —, e que, portanto, dele fazem parte, sem embargo de se apresentarem formalmente constitucionais.⁸⁴⁵

São normas sobre a pessoa, base e centro do direito civil; sobre a família, tendo em vista que a pessoa faz parte do Direito Civil também como membro de uma família, grupo social que constitui a esfera básica da pessoa; e sobre o patrimônio, as relações jurídicas suscetíveis de avaliação monetária, sob a titularidade dos sujeitos, posto que a pessoa, que constitui um fim em si mesma e está inserida numa família, necessita também, para o seu adequado desenvolvimento, da capacidade de estabelecer, titular ou potencialmente,

⁸⁴³ A razão histórica da inserção dessas normas no direito privado, segundo o autor, deriva do sistema jusnaturalista e racionalista, pelo qual o direito privado continha de modo total e exclusivo o estatuto dos particulares. A prioridade que os jusnaturalistas imputavam ao direito privado tinha o significado precípua da inclusão, na sua órbita, do universo das normas postas em prol do indivíduo em face do príncipe.

⁸⁴⁴ GIORGIANNI, Michele. Op. cit., p. 42.

⁸⁴⁵ FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. Op. cit., p. 69.

relações patrimoniais.⁸⁴⁶ É a visão do patrimônio como suporte da personalidade e condição material de uma existência com sentido.

Enfatiza, outrossim, que o Código Civil contém tradicionalmente, em razão da maior antiguidade da sua elaboração doutrinária e legal (entre outras razões), ao lado daquele conteúdo próprio e intrínseco, avalizado pela sua historicidade, um conteúdo residual e variável que faria dele o direito comum, por isso mesmo tido outrora como o direito total e próprio do povo. Esse conteúdo residual — *v.g.*, enumeração e hierarquia das fontes do direito, critérios de interpretação e eficácia das normas jurídicas, vigência e revogação das leis, direito intertemporal, regras de nacionalidade, regime dos bens públicos –, que decididamente não é consubstancial ao direito civil, não resultando necessariamente dos seus princípios e instituições, melhor se situaria na teoria geral do direito, no direito constitucional ou no direito administrativo.

Sua permanência no bojo do direito civil, pela virtualidade que ostenta de antigo tronco comum do direito, e mesmo pela inércia histórica, somente se justifica enquanto não forem tais normas recebidas especificamente por outra disciplina. Há, conforme assinala, uma acentuada tendência de incorporar ao direito constitucional as disposições sobre a lei em geral, sem que isso implique pânico na seara civilística, ou perda pouco honrosa de território.

Similarmente, o fato de o direito civil assumir novas ideias socialmente imperantes, iluminado pelos valores constitucionais, não justifica que se vaticine a sua destruição, sem se esquecer a consideração que se tributa à pessoa, eixo de tudo o que de jurídico possa existir, base e centro do direito civil e, ao mesmo tempo, núcleo da parte dogmática da constituição. É algo cambiante com os tempos; que o plexo dos princípios éticos e sociais que rege a família afigura-se igualmente mutável, proporcionalmente à consideração dispensada à pessoa; e que os fins que o patrimônio (nele incluído o direito hereditário) deve cumprir hoje designadamente não são os mesmos de outrora.⁸⁴⁷

A análise de Flórez-Valdés, sobre propiciar uma compreensão mais técnica das conexões entre o Direito Civil e a Constituição, deixa à mostra que a perspectiva civil-constitucional ou, se assim for preferido, a constitucionalização do direito civil, não implica

⁸⁴⁶ *Idem*, pp. 42-46.

⁸⁴⁷ *Idem, ibidem*, pp. 61-66.

“publicização” do direito civil, tampouco a superação dos marcos das fronteiras do direito público e do direito privado, como não raro têm sustentado as formulações acadêmicas.⁸⁴⁸

Perlingieri, *v.g.*, afirma, com certo exagero, não mais ser possível distinguir o direito constitucional do Direito Civil e que “não mais é possível se falar em Direito Público e em Direito Privado. Todo o ordenamento jurídico tem os mesmos valores e os mesmos princípios fundamentais para todo o sistema”.⁸⁴⁹ A relativização da distinção entre direito público e privado é mesmo considerada por alguns como um efeito indireto da constitucionalização do direito, expressa sobretudo na perda de importância dos princípios gerais do direito em favor dos princípios constitucionais.⁸⁵⁰

Sem embargo do choque existencial-epistemológico por que passa a milenar antiguidade do direito civil, na tensão do ambiente dos princípios constitucionais, e tendo presente, ainda, a mudança revolucionária do paradigma do direito subjetivo, na sua parábola descendente de poder da vontade para o interesse juridicamente protegido, no século XIX, chegando mesmo a falar-se na sua absorção pela norma,⁸⁵¹ a perspectiva civil-constitucional, vista com a devida aproximação, não traduz a absorção de parte do direito civil pelo direito constitucional.

Ocorre, na realidade, como que uma “revascularização” dos tecidos estruturais do Direito Civil e dos seus institutos, para colocá-los à altura dos desafios das demandas sociais e econômicas da sociedade presente.⁸⁵² Opera-se uma transformação qualitativa dos institutos do direito civil, mediante nova tábua axiológica,⁸⁵³ sem que haja uma invasão da esfera do direito público sobre os domínios do direito privado, ou mesmo de uma

⁸⁴⁸ FINGER, Julio Cesar. Op. cit., p. 94.

⁸⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. Normas Constitucionais nas Relações Privadas, *in* Revista da Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, UERJ – Renovar, 1998/1999, p. 66.

⁸⁵⁰ SILVA, Virgílio Antonio da. Op. cit., p. 49 (o autor se reporta à tendência registrada por Louis Favoreu, *in* “La constitutionnalization du droit” p. 40).

⁸⁵¹ GIORGIANNI, Michele. Op. cit., p. 43; e MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional, *in* Revista de Direito Civil (Imobiliário, Agrário e Empresarial), ano 17, julho/setembro/1993, p.23. (A teoria do direito subjetivo como interesse juridicamente protegido, cunhada por Rudolf von Ihering, não é tanto nova, mas, como muleta técnica, insere-se no processo de transformação econômica, social e jurídica pelas quais passou o direito civil.)

⁸⁵² TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, *in* Temas de Direito Civil, 3ª Edição, Renovar, 2004, p. 21.

⁸⁵³ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira [Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – 1999/2000], *in* Boletim da Faculdade de Direito, Studia Juridica, n. 48, Colloquia 6, Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, 2000, pp. 340 e 341.

“privatização” do direito público, especialmente o constitucional, senão uma estrutural transformação do direito civil, para incorporar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, “técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado.”⁸⁵⁴

Limita-se, v.g., a autonomia negocial, conferindo-se relevância à boa-fé e à lealdade no relacionamento contratual, em todos os seus segmentos, com a repressão do abuso de direito, em favor do contratante mais vulnerável, mas “os institutos privatísticos tradicionais — como a propriedade, o contrato, a obrigação — revelam-se instrumentos insuprimíveis da atividade econômica dos particulares”.⁸⁵⁵ Não se configura uma retração dos espaços privativos da autonomia privada. “Propriedade, família, contrato, empresa não migram para outros ramos do direito, diante da forte intervenção do poder público, vinculando-os à opção valorativa constitucional”.⁸⁵⁶

Não se verifica, igualmente, uma “socialização” do direito privado, debitada à ideia de intromissão crescente dos poderes públicos no campo das ações privadas, em prejuízo da autonomia da vontade individual. Como se tem lembrado, nem sempre o moderno intervencionismo administrativo expressa uma investida do poder estatal, senão muitas vezes uma reação do Estado em defesa da pessoa e da comunidade em face das poderosas forças sociais secretadas pelo regime da economia liberal; ou mesmo da própria vida do Estado diante daquelas forças do poder social⁸⁵⁷ que invadem os seus espaços e enfraquecem os seus comandos soberanos.

Ao contrário de responder por uma “socialização” do direito privado, o intervencionismo estatal, paradoxalmente, constitui um expoente de um autêntico renascimento do direito civil, na medida em que se dá primordialmente em defesa da pessoa, como tal, e na busca da unidade e da organização da família; e da humanização dos

⁸⁵⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional, *in* Revista de Direito Civil (Imobiliário, Agrário e Empresarial), ano 17, julho/setembro/1993, pp. 23-24.

⁸⁵⁵ GIORGIANNI, Michele. Op. cit., p. 50.

⁸⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira [Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – 1999/2000], *in* Boletim da Faculdade de Direito, Studia Juridica, n. 48, Colloquia 6, Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, 2000, p. 341.

⁸⁵⁷ FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. Op. cit., pp. 56-58. (o autor se reporta às reflexões de Jordano Barea, *in* Derecho Civil, Derecho Privado, p. 874; e De Castro, *in* Derecho Civil de España, p.121, nota 3.)

instrumentos contratuais privatísticos, molas propulsoras da dinâmica da economia liberal, em ordem a que não percam dos seus horizontes o social e o comunitário, o que ocorreria com uma prática em detrimento dos interesses morais da comunidade, temas que constituem designadamente autênticas expressões materiais do direito privado.⁸⁵⁸

Afirma Michele Giorgianni que a atitude de consternação de alguns civilistas, em face da “publicização” e da “socialização” do Direito Civil, assemelha-se à de alguém que, retornando de uma longa ausência, encontrou a sua casa invadida por gente estranha, que modificara tapeçarias e móveis e removera muros e portas. Grande é a sensação de perda epistemológica, ao que se fala em crise ou declínio do direito privado.⁸⁵⁹ Ou mesmo do abandono da milenar distinção direito público – direito privado, com a adoção de uma perspectiva sociológica, reduzindo-se o direito privado a um simples nome.⁸⁶⁰ Mas, como toda reação de pânico, que naturalmente padece de uma certa miopia da realidade, este não deve ser o sentimento técnico mais apropriado da civilística. Como já destacado, um instituto não se constitucionaliza, não adquire a natureza de direito público, somente pelo fato de a constituição contemplá-lo em linha de princípio.

Num movimento que de certa forma faz o caminho inverso ao da “publicização”, e que tem sido destacado pela doutrina, o que se observa é que a atividade dos poderes públicos tem feito modernamente, e de forma crescente, a utilização de instrumentos antes peculiares da autonomia privada, tal como ocorre na moderna multiplicação de entes públicos cuja atividade é distinta das atividades típicas de Estado: as empresas geridas pelo Estado com critérios privados e em regime de economia concorrencial, em cuja atividade o modelo gerencial privado invade o território do Estado.⁸⁶¹

O Estado, *v.g.*, utiliza-se amiúde dos instrumentos contratuais em situações antes regidas pela concessão de serviço público. No campo da responsabilidade civil, evoluiu da tradicional irresponsabilidade pelos atos ilícitos (*the king can do no wrong*) para a plena responsabilização pelos atos danosos a terceiros da parte dos seus agentes, à moda do que

⁸⁵⁸ *Idem*, p. 58.

⁸⁵⁹ GIORGIANNI, Michele. Op. cit., p. 36.

⁸⁶⁰ FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. Op. cit., p. 31.

⁸⁶¹ Dispõe a Constituição brasileira, por exemplo, que, na atuação direta do Estado na atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista submetem-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. (Cf. art. 173, § 1º, II.)

ocorre com os particulares nos casos de culpa e risco. Paradoxalmente, portanto, o direito privado é que teria avançado em novos domínios com o uso dos seus dinâmicos instrumentos, pela atividade econômica do Estado e dos seus entes estatais, não se confirmando o vaticínio de que estaria fadado a transformar-se num capítulo do direito administrativo.⁸⁶²

Forte relevo apresenta, nesse contexto, a questão terminológica, tendo-se em conta a advertência de que a confusão de palavras pode levar à confusão dos fatos (Henri De Page). Na reflexão de Hernández Gil, embora a linguagem não seja para o direito um servilismo etimológico, não deixa ela de expressar o resultado de consensos coletivos inconscientes.⁸⁶³ Num inventário das várias opções denominatórias, fala-se em constitucionalização do direito civil, quiçá a terminologia mais frequente no Brasil, e ainda em civilização do direito constitucional, em direito civil-constitucional, em direito constitucional-civil, em direito privado constitucional, em direito constitucional da pessoa, e mesmo em direito civil constitucionalizado.⁸⁶⁴

Na avaliação de uns, a adjetivação conferida ao direito civil — que estaria constitucionalizado —, para expressar a necessidade da sua inserção no tecido constitucional e na ordem pública, sem prejuízo da sua autonomia didática e conceitual, seria mesmo supérflua. Sendo o próprio direito civil que se altera, a adjetivação, sobre ser dispensável, traria o risco de passar a ideia de que as categorias civilísticas permaneceriam como outrora, imutáveis e a serviço do individualismo e da patrimonialidade, ainda que pintadas com elementos externos, quando, na verdade, evidencia-se um intercâmbio do direito público e do direito privado, em ordem a reelaborar-se a dogmática do direito civil, que deve ser relido à luz da constituição, privilegiando-se os valores não patrimoniais, com destaque para a dignidade da pessoa humana.⁸⁶⁵

Outros, porém, destacam que, na tutela constitucional de bens da pessoa, que já constituem objeto de direitos da personalidade, é autorizado falar-se, sem reservas, em uma

⁸⁶² GIORGIANNI, Michele. Op. cit., pp. 51, 52 e 55.

⁸⁶³ GIL, Hernández. La Posesión, Madrid, 1980, p. 28, *apud* FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. Op. cit., p. 184.

⁸⁶⁴ FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. Op. cit., p. 183.

⁸⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, *in* Temas de Direito Civil, 3ª Edição, Renovar, 2004, p. 22.

autêntica “constitucionalização do direito civil”, para expressar a compreensão de que “direitos inicialmente consagrados na legislação civil para operarem nas relações interprivadas sobem um degrau na pirâmide normativa, passando a gozar também de assento e dignidade constitucionais”.⁸⁶⁶

Tem sido afastada a possível denominação “direito constitucional-civil”. Em termos gramaticais, ela ensejaria o entendimento de que o seu conteúdo material adviria do direito constitucional, não passando o termo “civil” de uma conotação complementar delimitadora, o que conceitualmente não seria verdadeiro. Por um prisma, porque o direito civil-constitucional é antes de tudo direito civil, e não direito constitucional, a despeito de figurar formalmente no texto constitucional; por outro, porque o que é pretendido demonstrar é que o direito constitucional não se encontra somente na constituição e que nem tudo na constituição constitui objeto material do direito constitucional.⁸⁶⁷

A intenção, naturalmente, não é a de desconectar a usual correspondência, mesmo não exaustiva, entre os conceitos da constituição e o direito constitucional, como a ordem das competências supremas do Estado, senão indicar que o critério decisivo de identificação, que vale para todos os ramos do direito, deve ser regido primordialmente pelas características do conteúdo material da norma em consideração; não pelo fator topológico da sua localização formal neste ou naquele corpo normativo.

Tematizando a questão, em reflexão acerca da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil, ou sob que pressupostos um comportamento ofensivo da esfera jurídica de uma pessoa tem aptidão para ser apreciado segundo os padrões normativos dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados, Canotilho lembra que a irradiação das normas constitucionais nos demais ramos do direito não é novidade, e que sempre acompanhou os textos constitucionais.⁸⁶⁸

Já as constituições oitocentistas conformavam a ordem privada com expressões radicais de eficácia direta dos direitos fundamentais, qual a afirmação da igualdade entre

⁸⁶⁶ RIBEIRO, Joaquim de Souza. Op. cit., p. 736.

⁸⁶⁷ FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. Op. cit., p. 185. (A observação se reporta à ideia desenvolvida por De Otto, *in* Derecho Constitucional, Oviedo, 1983, p. 71.)

⁸⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização ao Direito Constitucional ou Constitucionalização ao Direito Civil – Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno, *in* Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides – Organizadores: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho – São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 110.

todos os indivíduos, a supressão da hereditariedade dos cargos públicos e a abolição da escravatura. A partir dos certos vetores fundamentais que relaciona com o modo de construção sociopolítica da modernidade ocidental,⁸⁶⁹ enfatiza que a construção dos direitos fundamentais, no molde da teoria política liberal, levou à aporia da eficácia dos direitos fundamentais na ordem privada. É que, sendo eles direitos de defesa contra o Estado, questiona como poderão transmutar-se em direitos de defesa de particulares contra particulares. E indaga, de forma instigante, se a perspectiva civil-constitucional constitui uma questão de civilização do direito constitucional ou de constitucionalização do direito civil.

Não é fornecida uma resposta conclusiva, mas o autor alerta que, ao procurar um fio lógico e unitário para o recorte da questão — eficácia de alguns direitos fundamentais na ordem jurídica civil —, corre-se o risco de um “desastre conceitual”, para cuja prevenção recomenda atenção às lógicas incógnitas nos vários sistemas jurídicos. Nos Estados Unidos, v.g., conforme afiança, a doutrina em geral reconduz o problema a uma questão de imputação, para saber se um ato de um particular, em detrimento de direitos ou princípios constitucionais, direta ou indiretamente, pode ser imputado ao Estado — se tem a qualificação de *state action*. Na Alemanha, em outra perspectiva, a doutrina e a jurisprudência preferem associar o fato (a *Drittwirkung der Grundrechte*) a um problema de irradiação da ordem constitucional dos direitos fundamentais em direção à ordem jurídica civil.⁸⁷⁰

A reflexão do autor traz exemplos para ilustrar que a questão da eficácia dos direitos fundamentais no mundo privado, expressão última do direito civil-constitucional, peca muito pelo seu tom abstrato e teorizante, ao qual falta a dimensão concreta do mundo como ele é, povoado de sujeitos densos, individualizados. Na inserção de agentes reais nos casos que relaciona, cuja solução impescinde de complexa ponderação, põe a céu aberto a problemática da eficácia dos direitos fundamentais na ordem privada, frisando que ela está

⁸⁶⁹ A crença nas virtudes da razão, como organizadora de um processo de racionalização técnica, econômica e política; nas virtudes da ciência, dando ao homem o domínio sobre as forças da natureza; no sentido da história, que imporia progressivamente a sua lei; no universalismo do modelo político nacional como referência a todos os povos, em todas as épocas; e, por fim, a crença no homem, capaz de prever, calcular e dirigir a sua vida em termos de liberdade individual. (*Idem*, p. 110.)

⁸⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 109.

longe de uma simples récita literária e que, nesse ambiente, não se sabe ao certo “quem transporta os mitos e interesses das narrativas maioritárias e quem tenta neutralizar ou subverter estas narrativas através das vozes dos *outsiders* minoritários”.⁸⁷¹ Em outros termos, se a questão pertence à constituição e à sua ordem de Direitos, tendo por mensageiros os constitucionalistas, ou ao direito privado, tendo como porta-vozes os seus agentes oraculares.

A ordem jurídica privada não é um espaço refratário aos direitos fundamentais. Todavia, adverte Canotilho, o direito privado perderá a sua irredutível autonomia quando as regulações civilísticas, legais ou contratuais, virem o seu conteúdo material alterado em substância pela eficácia direta, nas suas entranhas, dos direitos fundamentais.⁸⁷² E lembra que, embora essa eficácia dê sequência, de certo modo, ao projeto da modernidade, de modelar a sociedade civil pelos valores da razão, da justiça, do progresso iluminista, tal código de leitura pode resultar comprometido pelas concepções múltiplas da pós-modernidade.⁸⁷³

Posto o jurista no fogo cruzado desses dois mundos, destaca Canotilho que para ele se coloca o desafio de saber resolver, de forma juridicamente consistente e constitucionalmente não reducionista, as questões de ponderação de direitos e de bens tendo diante de si uma balança que já não tem só dois pratos e em torno da qual povoam interesses reais múltiplos e múltiplos interesses. E, evocando a epígrafe da sua instigante meditação — “constitucionalização do direito civil” ou “civilização do direito constitucional” —, finaliza asseverando que ela não dispensa a abordagem de vários pontos metódicos relevantes, num aceno de multidisciplinaridade para o juiz, que deve estar atento, na aplicação direta dos direitos fundamentais, à unidade da ordem jurídica, à autonomia do direito privado e do direito público e à interpretação conforme a constituição, articulando sempre os direitos fundamentais com a ordem pública.⁸⁷⁴

⁸⁷¹ *Idem, ibidem*, pp. 112-113.

⁸⁷² *Idem, ibidem*, p. 113.

⁸⁷³ Tais concepções, que Canotilho qualifica de múltiplas e débeis, seriam a absolutização da singularidade e das diferenças, a complexidade, indeterminação e o relativismo modernos, associados, entre outros vetores, à globalização e à arbitragem, e à desestatização, com a privatização da ordem liberal mundial sob os auspícios da *lex mercatoria*. (Cf. *Idem, ibidem*, p. 114.).

⁸⁷⁴ *Idem, ibidem*, pp. 114-115.

Finda esta (um tanto longa) incursão no pensamento de Canotilho, porém justificável por ser ele, pela sua densidade instigativa, sempre um convite à reflexão e à humildade epistemológica, retome-se a questão terminológica com a opção “direito constitucional da pessoa”. O diagnóstico é que, por revelar-se equívoca e excessivamente simplificada para ter expressividade na substancial temática da perspectiva civil-constitucional, a expressão “direito constitucional da pessoa” não reúne adeptos. A pessoa constitui ao certo o centro do direito civil. Mas, se com tal expressão se pretende aludir ao “direito civil-constitucional”, soaria mais adequado referi-lo a si mesmo, evitando a referência apenas à pessoa, ainda que seja ela a sua instituição central.⁸⁷⁵

As expressões “direito privado constitucional” e “direito civil constitucionalizado” não logram também maior aceitação nas formulações doutrinárias. A primeira, porque, ainda que possivelmente fosse preferível a “direito constitucional da pessoa”, tem na sua base a incômoda premissa de uma separação radical entre o direito público e o direito privado. Identificando o direito privado com o direito civil, levaria a uma sinonímia indesejada (e efetivamente inexistente) entre “direito privado constitucional” e “direito civil-constitucional”, incorrendo, quiçá, naquele “desastre conceitual” a que se refere Canotilho. A segunda, porque, mesmo à primeira vista contornando a antinomia entre os termos “civil” e “constitucional”, o termo “constitucionalizado” implica uma relação valorativa de qualidade contingente que não se dá necessariamente no direito civil integrado na constituição.⁸⁷⁶

Resta como preferível a expressão “direito civil-constitucional”, que dá título a este item, se bem que no Brasil muito se aluda à expressão “constitucionalização do direito civil.” Segundo o estudo de Flórez-Valdés, considerada a aparente antinomia dos termos “civil” e “constitucional”, ambos qualificativos do vocábulo direito, o termo “constitucional”, posposto na expressão, qualifica diretamente o vocábulo “civil”, seu antecedente imediato, e adquire o seu mais adequado significado, tendo-se em conta que na expressão trimembre, o termo “constitucional” se separa do substantivo direito e se despoja da sua conotação jusconstitucionalista, limitando-se à função de referência delimitadora formal.

⁸⁷⁵ FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. Op. cit., p. 188.

⁸⁷⁶ *Idem*, pp. 188-189.

Assim posta a temática, segue-se que o adjetivo “civil”, na expressão trimembre, é que efetivamente qualifica o vocábulo “direito”, em virtude do que “direito civil-constitucional” não é senão sinônimo de direito civil contido na constituição. Enquanto direito, ele é civil, ainda que, no aspecto formal, venha contido em documento constitucional. Com a expressão, que mais adequadamente responde ao conceito real da perspectiva civil-constitucional, deve-se entender “uma locução abreviada de normas materialmente civis encerradas formalmente na Carta constitucional”.⁸⁷⁷

Mas a expressão, mesmo preferida, também não é imune à crítica, que nela vê um equívoco palmar, justamente por passar a ideia errônea de que há uma parte do Direito Civil refratária à influência dos princípios constitucionais, ao lado de outra vivificada por esses princípios. Tendo-se em conta que é a totalidade do direito civil que está sob os auspícios dos princípios constitucionais, afirma-se que menos ainda cobraria sentido a expressão direito civil-constitucional, salvo se a expressão Direito Civil, sem adjetivações, porque sem serventia, fosse abandonada.⁸⁷⁸

Embora a expressão direito civil-constitucional, na sua literalidade, possa levar à ideia de que existe um direito civil infenso aos princípios constitucionais, ela não procederia. Em primeiro, porque o argumento provaria demais, sabido que nenhuma norma ordinária pode contrariar impunemente a constituição, a *norma normarum*; em segundo, porque não é raro que expressões no direito se prestem a conclusões literais indevidas,⁸⁷⁹ sem que por isso resultem desautorizadas; em terceiro, porque a intervenção do constituinte, com a chamada “constitucionalização do direito civil”, para usar a expressão mais corrente no cenário da civilística brasileira, e como já destacado em várias passagens, não traduz redução dogmática do Direito Civil, tampouco dos espaços de liberdade garantidos à sociedade civil;⁸⁸⁰ e, em quarto, porque a expressão direito civil-constitucional deve lida no seu mais autêntico sentido técnico, de Direito Civil contido na constituição.

⁸⁷⁷ *Idem, ibidem*, pp .87 e 184-185.

⁸⁷⁸ SILVA, Virgílio Antonio da. Op. cit., p. 172.

⁸⁷⁹ Figure-se, v.g., o caso da expressão sucessão legítima, para expressar aquela que ocorre pelos cânones da ordem da vocação hereditária (arts. 1.828-1.856 do Código Civil), em oposição à sucessão testamentária, que nem por isso é ilegítima!

⁸⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira [Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – 1999/2000], in Boletim da Faculdade de Direito, Studia Juridica, n. 48, Colloquia 6, Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, 2000, p. 340.

Ou, na expressão já anotada de Flórez-Valdez, como “uma locução abreviada de normas materialmente civis encerradas formalmente na Carta constitucional”. Em que pese o efeito como que hertziano das normas constitucionais, “as normas de direito privado devem permanecer como normas de direito privado, e os direitos e deveres por elas estabelecidos permanecer direitos e deveres no âmbito do direito privado”.⁸⁸¹

3.2.5 Direito Civil-Constitucional – A Temática da Eficácia

Ao se examinar a crítica, sob diversas perspectivas, ao direito civil-constitucional, tornou-se de certo modo inevitável adiantar algumas considerações acerca do seu plano de eficácia, que agora, na parte final do item, firmada a sua real significação — normas materialmente civis contidas formalmente no texto constitucional —, impescindem de uma retomada com maior aproximação, por cuidar-se de certo modo, na atualidade da prática jurisdicional, do seu calcanhar de aquílis. A perspectiva civil-constitucional, segundo ressalta Canaris, acarreta uma certa tensão entre o grau hierárquico mais elevado da constituição e a autonomia do direito privado, tendo-se em conta que a constituição não é, em princípio, o lugar indicado ou habitual para a regulamentação das relações entre os cidadãos individuais e entre pessoas jurídicas.⁸⁸²

Um alerta há que se impor — sem embargo de tudo o que já foi dito — no prólogo da abordagem. Ainda que o direito civil-constitucional não seja senão o conjunto das normas materialmente civis encerradas na constituição, isso não equivale nem sinaliza, em nenhuma perspectiva, para uma compreensão reducionista ou simplificadora do fenômeno, ou menos emancipadora, como se fora uma mera mudança tópica, sem maior significação na reconstrução das bases objetivas do Direito Civil em face dos valores constitucionais. O que se destaca, em face do Direito Civil contido na Constituição jurídico-positiva, é a busca dos fundamentos de validade que daí decorrem, o que envolve, outrossim, uma certa humildade epistemológica, considerando-se que o tempo histórico do constitucionalismo e

⁸⁸¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Malheiros Editores, 2008 [tradução de Virgílio Afonso da Silva], p. 529.

⁸⁸² CANARIS, Claus-Wilhelm. A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, *in* Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado (Ingo Wolfgang Sarlet – Organizador), Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 227.

dos direitos fundamentais não alcança sequer um décimo do milenar tempo histórico do Direito Civil.⁸⁸³

Não se trata, por outro lado, de simples diretriz hermenêutica, tendo-se em conta que toda interpretação que se pretenda sistemática não pode abdicar, também, do matiz constitucional e que, em face da supremacia da Constituição, todo direito deve ser constitucional sob pena de ser nulo ou inexistente. A transformação é principiológica, na concepção, na interpretação e na aplicação das normas do direito civil (e do direito infraconstitucional em geral), nas ondas de impulso do movimento político-cultural que expressa uma consequência da passagem do Estado liberal para o Estado social.

A centralidade do discurso não reside tanto na formulação teórica, e sim na questão da irradiação e da eficácia direta da ordem constitucional dos direitos fundamentais em face da ordem jurídica privada, pela qual se procura saber se uma lesão da esfera jurídica de uma pessoa, em matéria de direitos fundamentais, perpetrada por outro particular pode e em que medida ser apreciada segundo os padrões normativos dos direitos fundamentais que a constituição positiva, mas à vista de agressões perpetradas pelo Estado e pelos seus órgãos. Tem-se em pauta o controle de constitucionalidade de atos praticados por particulares, que consiste em verificar se o ordenamento jurídico deve proteger um cidadão contra o outro também nas relações travadas por eles entre si.⁸⁸⁴

É a eficácia em relação a terceiros — dimensão horizontal, vigência horizontal, aplicação horizontal ou eficácia externa — dos direitos fundamentais. Se a eficácia vertical, de maior longevidade e prática jurisdicional, ainda comporta gigantescos desafios de concretização, quer nos direitos fundamentais de primeira, quer nos de segunda geração, nos quais se destacam os direitos de prestação, cuja realização impescinde de recursos públicos, o que dizer do efeito horizontal, no qual, além da muitas vezes indispensável interposição legislativa, milita o complicador de serem o agressor e a vítima titulares de direitos fundamentais. Afigurando-se as duas partes titulares de direitos fundamentais, afirma-se até mesmo ser “impossível transportar a racionalidade e a forma de aplicação dos

⁸⁸³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil, *in* Revista de Informação Legislativa – Senado Federal, n. 141, janeiro/março – 1999, pp. 99-100.

⁸⁸⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 240.

direitos fundamentais da relação Estado-particulares para a relação particulares-particulares”.⁸⁸⁵

No ponto, cujo epicentro é localizado na Alemanha, o seu Tribunal Constitucional, julgando o caso Lüth,⁸⁸⁶ considerado o marco decisivo do tema, firmou indelevelmente a concepção de que a constituição, que não é axiologicamente neutra, contém, no capítulo dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores e que esse sistema de valores, cujo ponto central está no “livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito”.⁸⁸⁷

O precedente firmou o entendimento de que, em se tratando de direitos fundamentais, a jurisdição não se resume a um juízo de subsunção,⁸⁸⁸ como fez o Tribunal de Hamburgo, adotando diversamente a compreensão de que, quando uma norma de direito civil conduz à limitação de um direito fundamental, deve ter lugar uma ponderação dos princípios constitucionais colidentes — o que não aconteceria pela construção de regras —, e que, no caso em exame, a liberdade de opinião deve ter primazia sobre a ofensa aos costumes, de base infraconstitucional.

A sentença-Lüth, na avaliação de Robert Alexy, une três ideias que moldaram o direito constitucional alemão: a) a garantia jurídico-constitucional de direitos individuais não se esgota em uma garantia de direitos de defesa clássicos do cidadão contra o Estado, personificando também um ordenamento objetivo de valores — os princípios que se expressam nos direitos fundamentais, tendo os direitos fundamentais, portanto, não só o

⁸⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 18.

⁸⁸⁶ O caso Lüth, julgado em 1958, é assaz conhecido, mas não custa noticiá-lo, para melhor ilustração: Erich Lüth, presidente de uma associação de imprensa de Hamburgo, numa conferência para produtores e distribuidores de filmes, havia conclamado o público alemão a boicotar filmes do diretor Veit Harlan, produzidos depois de 1945, ao fundamento de que traziam propaganda nazista e antisemita. O Tribunal de Hamburgo o condenou a pagar indenização e a omitir-se nas chamadas, especialmente para o filme *Unsterbliche Geliebte* (Amantes Imortais), invocando o § 826 do Código Civil, segundo o qual “aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causa prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo”. Mas o Tribunal Constitucional Federal anulou as decisões ordinárias, considerando o boicote protegido pela liberdade de manifestação de opinião (art. 5º, I – Lei Fundamental). Deu, portanto, aplicabilidade direta ao direito fundamental de manifestação do pensamento, ao proclamar, na análise do § 826 do BGB, que toda disposição de direito privado deve ser interpretada à luz dos direitos fundamentais.

⁸⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., pp. 22 e 42.

⁸⁸⁸ Saber, em primeiro, se o boicote ao filme era um caso de manifestação de liberdade de opinião (primeira subsunção) e, em segundo, se ele maltrata os bons costumes (segunda subsunção).

caráter de regras mas também o de princípios; b) os valores jurídico-fundamentais, ou princípios, não valem somente para a relação entre o Estado e o cidadão mas também para todos os âmbitos do direito, produzindo um efeito de irradiação dos direitos fundamentais em todo o sistema jurídico, em virtude do que os direitos fundamentais tornam-se ubiqüitários; c) os valores, enquanto princípios, tendem a entrar em colisão, o que somente pode ser resolvido por ponderação de bens, o que imprime mais racionalidade na jurisprudência constitucional do que um mero juízo de subsunção.⁸⁸⁹

Sobre o mesmo precedente, Claus-Wilhelm Canaris anota que o Tribunal Constitucional Alemão afirmou que a Lei Fundamental “erigiu na seção referente aos direitos fundamentais uma ordem objetiva de valores (...), que deve valer enquanto decisão fundamental de âmbito constitucional para todas as áreas do Direito;”⁸⁹⁰ e que, ao fazê-lo, cunhou a expressão que se tornou célebre, do “efeito de irradiação” dos direitos fundamentais sobre as relações jurídicas da autonomia privada, efeito que todos passaram a admitir no plano teórico, mas que apresenta grandes dificuldades técnicas no plano das cores naturais do mundo jurídico — o plano da eficácia.

A ideia do “efeito de irradiação” dos direitos fundamentais sobre as relações jurídicas da autonomia privada, avalia Canaris, é mais uma imagem forte de linguagem do que um conceito jurídico, donde se prestar a vários sentidos e funcionalidades, a depender das circunstâncias do caso, mas sempre deixando uma margem considerável de insegurança dogmática.⁸⁹¹ Tendo o direito fundamental sido violado na sua função de mandamento de tutela, a engenharia do caso Lüth traduzia, de fato, não uma consequência do “efeito de irradiação”, senão uma eficácia “normal” dos direitos fundamentais, considerados na concretização das cláusulas gerais juscivilistas.⁸⁹²

As dificuldades técnicas são de certo modo também postas em relevo por Habermas, em duas críticas à construção da ponderação, enfatizando o autor que a ponderação, no Direito Constitucional, retiraria dos direitos fundamentais a sua força normativa, ficando eles enfraquecidos de grau no plano dos objetivos, programas e valores, perdendo a sua

⁸⁸⁹ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade – tradução de Luiz Afonso Heck, *in* Revista de Direito Privado, n. 24, outubro/dezembro/2005, São Paulo – RT, pp. 336-337.

⁸⁹⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 230.

⁸⁹¹ *Idem*, p. 230.

⁸⁹² *Idem, ibidem*, pp. 238 e 243.

primazia rigorosa, sem contar com os riscos de juízos irracionais, posto que, faltando critérios racionais à ponderação, efetivar-se-ia ela arbitrariamente e de forma não refletida, atenta a modelos e ordens hierárquicas acostumados; e que, na construção da ponderação, o direito é retirado do âmbito do válido e do inválido e transplantado para uma dimensão dominada pelas ideias de maior ou de menor conveniência e por conceitos imprecisos como o de poder discricionário.⁸⁹³ O modelo da ponderação implicaria dois preços muito altos: de um lado, como consequências substanciais, o amolecimento e a irracionalidade; e, de outro, a perda da categoria da correção e da fundamentação.⁸⁹⁴

As diferenças e peculiaridades dos sistemas jurídicos levam a doutrina a recomendar certos alertas aos atores da constitucionalização, especialmente aos juízes, cuja atividade, no controle dos atos interindividuais que envolvem direitos fundamentais, põe a descoberto, com toda a aproximação, todas as dificuldades e peculiaridades práticas da constitucionalização do Direito: a) a Constituição do Brasil abriga (também), no seu catálogo de direitos fundamentais, direitos que escapam do modelo clássico de liberdades; já na Alemã, de cunho liberal — não obstante a caracterização de um Estado social e democrático —, os direitos fundamentais configuram essencialmente direitos de proteção dos particulares em face das violações oriundas do Estado, b) no sistema brasileiro, que adota um sistema misto de controle de constitucionalidade — a Alemanha adota um sistema concentrado —, não se registra uma oposição tão marcada entre a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária.⁸⁹⁵

Longo é o caminho, todavia, cujo percurso exige a superação de grandes obstáculos institucionais e até mesmo mentais, um dos quais é a superação, em definitivo, na atividade interpretativa, da ideia liberal de constituição como documento político endereçado ao

⁸⁹³ HABERMAS, Jürgen, apud ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade – tradução de Luiz Afonso Heck, *in* Revista de Direito Privado, n. 24, outubro/dezembro/2005, São Paulo – RT, pp. 337-338.

⁸⁹⁴ Rebatendo a crítica, Alexy procura demonstrar, com o estudo da estrutura científica da ponderação, que ela não é irracional nem incompatível com a ideia de segurança do direito, desde que vista e praticada como parte do princípio maior da proporcionalidade: deve-se, em primeiro – assim fez (afirma) o Tribunal Constitucional alemão –, comprovar o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio; depois, deve-se comprovar a importância do cumprimento do princípio colidente (oposto); e, por último, deve-se comprovar se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou o não cumprimento do outro. (Cf. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade – tradução de Luiz Afonso Heck, *in* Revista de Direito Privado, n. 24, outubro/dezembro/2005, São Paulo – RT, pp. 338-344.)

⁸⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, pp. 23, 39 e 44.

legislador na perspectiva de um programa de ação, sem forças para originar diretamente posições jurídicas justiciáveis. Em outro salto, nem sempre a falta de interposição do legislador conduzirá as situações jurídicas a um quadro de insegurança e de incerteza, ou de comprometimento do processo democrático, um dos vetores da visão misoneísta do direito civil-constitucional.

Recomenda-se ao intérprete o desapego do estereótipo da necessidade de uma regulamentação exaustiva e casuística, tendo-se presente o fato de que o legislador de hoje, persuadido da impossibilidade de acompanhar legalmente a velocidade da evolução, em suas várias manifestações, do moderno mundo tecnológico, com as suas implicações jurídicas nos domínios privados, inclusive de matriz constitucional, vem crescentemente adotando a técnica das cláusulas gerais, que, mesmo com maior grau de abertura e modelação, aplicam-se aos casos concretos.⁸⁹⁶

Como sistema normativo, ostentando hierarquia suprema, estrutural e estruturante, no ordenamento jurídico, a constituição não deve ser vista de forma contemplativa, como se irradiasse uma anódina normatividade. O princípio maior é o da supremacia da constituição, pelo qual deve assentar-se toda a interpretação constitucional. “Os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.”⁸⁹⁷ Sem sufocar a vida privada e suas relações civis,⁸⁹⁸ o esforço hermenêutico moderno deve buscar a aplicação efetiva e direta dos princípios da constituição, “não apenas na relação Estado-indivíduo mas também na relação interindividual, situada no âmbito dos modelos próprios do direito privado”.⁸⁹⁹

A propriedade e o contrato seguem como os pedestais do sistema econômico, que se pauta pela livre iniciativa, mas a sua proteção não se dá exclusivamente em razão dos interesses privados, refratários ao coletivo, senão também e principalmente em função dos

⁸⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, *in* Temas de Direito Civil, 3ª Edição, Renovar, 2004, pp. 18 e 19.

⁸⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição, 5ª Edição, Editora Saraiva, 2003, p. 151.

⁸⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira [Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – 1999/2000], *in* Boletim da Faculdade de Direito, Studia Juridica, n. 48, Colloquia 6, Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, 2000, p. 340.

⁸⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional, *in* Revista de Direito Civil (Imobiliário, Agrário e Empresarial), ano 17, julho/setembro/1993, p. 28.

valores existenciais da pessoa humana. Expressão incisiva da inversão do valor patrimonial pelo existencial, como lembra a doutrina,⁹⁰⁰ é a vedação de penhora do imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar, nos termos da Lei 8.009, de 29 de março de 1990, por qualquer dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, “contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam”, com as exceções ali previstas.⁹⁰¹

Na avaliação de Flórez-Valdés, as normas civis-constitucionais não nascem com a finalidade e nem têm o propósito de traçar uma regulação concreta e exaustiva das relações jurídico-civis. Mesmo transposta a visão de Constituição como *norma normarum*, destinada a regular a produção de outras normas, ou de mero programa, e firmada a sua condição de norma jurídica, seus preceitos, pelo elevado grau de abstração de que se revestem, como uma qualidade globalizadora, destinam-se, numa óptica teleológica, a regular as bases mais comuns e abstratas da disciplina das relações civis.

Mas obtempera o autor que a condição normativa superior que engalana a constituição possibilita a sua aplicabilidade imediata, como qualquer outra norma; habilita-a como parâmetro de vigência e de validade das normas infraconstitucionais; converte-a em pauta de interpretação universal das normas jurídicas e a credencia como a mais elevada diretriz de todo o sucessivo desenvolvimento legislativo. A nova imagem do direito civil, adequada ao aqui e agora da realidade social, decorre de uma “segunda leitura” das suas instituições e dos seus textos tradicionais à luz dos valores superiores que caracterizam a legalidade constitucional.⁹⁰²

Conforme Canaris, quando se fala na relação entre direitos fundamentais e direito privado, especialmente no seu plano de eficácia nas relações privadas, três questões devem ser respondidas como premissas. Em primeiro, saber quem é o real destinatário desses direitos, se o Estado ou se também o são os sujeitos das relações privadas. Isto é, se os direitos fundamentais em relação a terceiros têm eficácia de forma imediata, conduzindo

⁹⁰⁰ *Idem*, p. 28.

⁹⁰¹ Cf. artigos 1º, 3º e 4º da Lei 8.009/1990, que cuida do bem de família obrigatório ou involuntário, e os artigos 1711 a 1722 do Código Civil, que tratam do bem de família voluntário, decorrente da vontade dos cônjuges, companheiros ou terceiros, instituído por escritura pública ou testamento, e que é igualmente isento de execução por dívidas posteriores à sua constituição, salvo de provierem de tributos relativos ao imóvel ou a despesas de condomínio (art. 1715).

⁹⁰² FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. Op. cit., pp. 93 e 177, 178 e 179.

“sem mais nem menos, a proibições de intervenções no âmbito das relações jusprivatistas e a direitos de defesa em face de outros sujeitos jusprivatistas”, dispensando qualquer implementação a cargo do sistema de regras do direito privado; ou de forma mediata ou reflexa, quando considerados nas concretizações das cláusulas gerais do direito privado, com o uso do material normativo específico do direito privado. Responder afirmativamente às suas asserções implica dizer que os seus destinatários são o Estado e os próprios sujeitos de direitos privados.⁹⁰³

No Brasil, diz a Constituição, ao certo sem muito compromisso com o plano técnico de eficácia, que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º), o que leva à ideia de que os seus destinatários são o Estado e os sujeitos das relações privadas. Todavia, aplicação imediata, como adverte a doutrina, não quer dizer real eficácia, mas somente a potencialidade de produção de efeitos, sem de resto especificar se isso ocorre em todos os tipos de relação ou que todos eles se submetem aos efeitos dos direitos fundamentais. De certeza, tem-se apenas que todos os direitos fundamentais devem produzir efeitos.⁹⁰⁴

Mas na Alemanha, mesmo possibilitando a Constituição que qualquer pessoa possa, pelo recurso constitucional, chegar ao Tribunal Constitucional Federal e pedir proteção em face da violação dos seus direitos fundamentais pelo poder público, adverte Canaris que a eficácia externa imediata não se impôs, salvo quando a Constituição estabeleceu a aplicação imediata nas relações privadas. O seu destinatário, portanto, é apenas o Estado, ocorrendo a sua incidência nas relações privadas somente como eficácia externa mediata, sob os auspícios das cláusulas gerais do direito privado.⁹⁰⁵

Em segundo, busca-se saber se o comportamento examinado com base nos direitos fundamentais é atribuído apenas aos órgãos públicos — leis que possam eventualmente violar direitos fundamentais e decisões judiciais que tenham a mesma aptidão, violando um direito fundamental ou o protegendo de forma insuficiente —, ou se também o é aos sujeitos privados nas suas relações negociais. Ainda que se responda afirmativamente às duas perspectivas, potencializando se o nível de eficácia dos direitos fundamentais nas

⁹⁰³ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., pp. 236-238.

⁹⁰⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., pp. 57-58.

⁹⁰⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., pp. 228, 237 e 238.

relações privadas, adverte Canaris que não faz sentido falar, no cenário alemão, da sua eficácia externa, pois as pessoas que praticam tais atos privatísticos — atos jurídicos, contratos e negócios jurídicos outros —, não são os destinatários dos direitos fundamentais, senão o Estado.⁹⁰⁶

A terceira questão posta (e respondida) por Canaris busca saber com que funções operam os direitos fundamentais nas relações privadas. Se como proibições de intromissões do Estado nos bens jurídicos da autonomia privada dos cidadãos, segundo o recorte dos clássicos direitos de defesa, posição prevalecente na Alemanha, onde a compreensão é que eles não se dirigem contra o cidadão, senão contra o Estado; ou se têm, adicionalmente, a função de mandamentos (deveres) de proteção, pela qual incumbe ao Estado a obrigação de proteger os cidadãos, mesmo em face dos atos jusprivatistas praticados por outros cidadãos ofensivos dos direitos fundamentais, como têm admitido, com o apoio da doutrina, os julgados do Tribunal Constitucional Federal. É a importante função dos direitos fundamentais na condição de mandamentos de tutela, em virtude da qual, sem abandonar-se a concepção de que o Estado é o único destinatário dos direitos fundamentais, ainda se tem uma explicação com solidez conceitual para a eficácia externa mediata. O Estado, portanto, está compelido a proteger o cidadão contra o outro cidadão também nas relações privadas que travam entre si.⁹⁰⁷

Trata-se da doutrina da *State Action*, já referida anteriormente em alusão a trabalho de Canotilho, buscando saber se um ato de um particular, em detrimento de direitos ou princípios constitucionais, direta ou indiretamente, pode ser imputado ao Estado — se tem a qualificação de *state action*; ou, como no cenário alemão, se o fato deve ser assimilado a um problema de irradiação da ordem constitucional dos direitos fundamentais em direção à ordem jurídica civil, reflexões que, na advertência do autor, pecam muito pelo seu tom abstrato e teorizante, ao qual falta a dimensão concreta do mundo como ele é, povoado de sujeitos densos, individualizados.⁹⁰⁸

⁹⁰⁶ *Idem*, pp. 238-239.

⁹⁰⁷ *Idem*, *ibidem*, pp. 239-240.

⁹⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização ao Direito Constitucional ou Constitucionalização ao Direito Civil – Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno, *in* Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides – Organizadores: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho – São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 109-113.

A concepção do *state action*, como anota a doutrina, ainda que pareça consagrar somente a concepção liberal dos direitos fundamentais, aplicáveis apenas nas relações jurídicas nas quais o Estado participe — só havendo violação por meio de uma ação estatal —, afastando conseqüentemente os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, na realidade tem por objetivo identificar as situações nas quais uma conduta negocial privada está submissa às disposições dos direitos fundamentais. “Sempre que essa equiparação for possível” — nas relações privadas, como demonstrou Canaris, os direitos fundamentais têm também a função de mandamentos de proteção —, “... as relações entre particulares estarão vinculadas às disposições de direitos fundamentais.”⁹⁰⁹

Debates e discursos à parte, a essencialidade da dimensão horizontal dos direitos fundamentais reside no modelo de aplicação adotado pelos sistemas jurídicos, sempre inçado de controvérsias. Ou seja, amplamente aceita a ideia da eficácia horizontal, as dúvidas e divergências residem mais na extensão com que as normas de direitos fundamentais operam nas relações entre particulares. Saber como tais normas operam na relação cidadão-cidadão constitui um problema de construção; saber da extensão em que o fazem, todavia, passa a ser uma questão crucial e substancial, ou um problema de colisão, tendo-se em conta que aqui, diversamente do que ocorre na relação Estado-cidadão, na qual se contrapõem um não titular e um titular de direito fundamental, existe uma relação de cotitularidade.⁹¹⁰

Assumem relevo na matéria, na atualidade, basicamente duas formulações: o modelo direto (teoria monista), pelo qual os direitos fundamentais vinculam diretamente os particulares, valendo como direitos subjetivos em face de entidades privadas e de outros particulares que, empolgando verdadeiros poderes sociais, detêm na relação negocial com os demais uma situação real de poder, assimilável mesmo à supremacia do Estado⁹¹¹; e o modelo indireto, que admite a eficácia dos direitos fundamentais em face de terceiros, porém não prescinde dos esquemas e estruturas do direito privado, que têm um certo

⁹⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., pp. 99-100.

⁹¹⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Malheiros Editores, 2008 [tradução de Virgílio Afonso da Silva], p. 528.

⁹¹¹ ANDRADE, José Carlos Viera de. Op.cit., pp. 252-253.

sentido instrumental dessa eficácia.⁹¹² O direito privado, nessas relações, não é substituído pelo direito constitucional, posto que sirva de suporte material para a sua supremacia. Não constitui vocação dos direitos fundamentais solucionar diretamente os conflitos de direito privado. Os meios colocados à disposição pelo sistema jurídico é que servem de veículo instrumental para a sua aplicação.

Merece referência, pela sua originalidade — antes do estudo dos dois modelos —, embora pensado com base no ordenamento jurídico da Alemanha, o modelo eclético dos três níveis, sem graduação, mas em mútua implicação, desenvolvido por Alexy, para quem existe o nível do dever estatal (i), pelo qual se manifestaria o modelo indireto e por cuja formulação, valendo os direitos fundamentais como princípios objetivos (ordem objetiva de valores), sua valência se estende a todo o Direito, constituindo dever do Estado respeitar esses valores, seja pela legislação infraconstitucional, seja na justicialidade do direito; no nível dos direitos em face do Estado (ii), solucionam-se os casos nos quais ocorre a violação de direito fundamental de um particular por outro particular, tendo-se em conta que o Estado, ao não impedir a violação pela ação do particular, infringe o direito de proteção do qual são destinatários os cidadãos; no nível dos efeitos dos direitos fundamentais das relações jurídicas entre os particulares (iii), a incidência se dá de forma direta perante terceiros. Todavia, considerando que as normas de direitos fundamentais têm, em razão da dupla titularidade dos direitos fundamentais, intensidades diversas de efeitos, se consideradas na relação cidadão-cidadão ou na relação cidadão/Estado, faz Alexy duas advertências: um efeito direto perante terceiros não equivale a que os direitos de um cidadão perante o Estado sejam, igualmente, direitos do cidadão em face de outro; não é possível pretender um efeito direto pela simples troca de destinatário dos direitos do cidadão em face do Estado.⁹¹³

⁹¹² Alude-se, ainda, a duas posições: uma que seria um não modelo, caracterizada pela recusa peremptória da eficácia dos direitos fundamentais fora da relação Estado-indivíduo; e outra que equipara as ações dos particulares, detrimientos dos direitos fundamentais, a ações estatais (cf. Virgílio Afonso da Silva, *Op. Cit.*, p.68), na concepção de que incumbe ao Estado, que detém o monopólio da força, um dever jurídico geral de proteção dos direitos fundamentais.

⁹¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Malheiros Editores, 2008 [tradução de Virgílio Afonso da Silva], pp. 533-538.

O modelo direto é associado pioneiramente a Hans Carl Nipperdey,⁹¹⁴ seu maior defensor no Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha, para quem o risco para os direitos fundamentais, sobretudo no século XX, não provém apenas do Estado, senão também dos grupos sociais que detêm, na sociedade de massas, parcelas cada vez maiores de poder social e econômico que se impõem a todos os indivíduos, interferindo direta e intensamente em setores essenciais da vida e da personalidade das pessoas. “Não se pode perder de vista (...) que a liberdade individual pode restar ameaçada pela utilização de mecanismos de poder econômico ou social, o que acabaria por permitir a supressão daquele *standard* mínimo de liberdade”⁹¹⁵ em face do uso desmedido de posições dominantes nas relações econômico-sociais entre particulares. A mais disso, os direitos fundamentais, normas objetivas de valor que são, devem, nessa qualidade, valer para toda a ordem jurídica. Sua influência no direito privado decorre da “sua característica como direito constitucional objetivo e vinculante”.⁹¹⁶ A dignidade da pessoa humana, ponto de partida, não tem como referência apenas o indivíduo isolado, senão também o livre desenvolvimento da personalidade dos cidadãos integrados de forma solidária na sociedade.⁹¹⁷

Pelo modelo indireto (teoria dualista), associado ao nome de Günter Dürig e ao Tribunal Constitucional Federal alemão, a incidência se dá por intermédio da regulação legislativa do direito privado.⁹¹⁸ A própria Lei Fundamental alemã estabelece apenas a expressa vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais (art. 1º, III). A produção de efeitos em relação a terceiros dar-se-ia, sempre que possível, “por intermédio do material normativo do próprio direito privado, o que garante a sua autonomia”.⁹¹⁹

⁹¹⁴ Afirma-se que o caso de maior influência na doutrina da aplicação direta se deu no Tribunal Federal do Trabalho, na Alemanha, em 1957, do qual Nipperdey era o Presidente, tendo por objeto a igualdade salarial entre homens e mulheres, proclamada a despeito de a Constituição alemã não conter norma específica, senão a norma, de padrão liberal, da igualdade de todos perante a lei. (Cf. Virgílio Afonso da Silva, Op. cit., pp. 91-92)

⁹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional, Celso Bastos Editor, 2ª Edição, outubro/1999, p. 227. (O autor se reporta à advertência de Konrad Hesse.)

⁹¹⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Malheiros Editores, 2008 [tradução de Virgílio Afonso da Silva], p. 530.

⁹¹⁷ ANDRADE, José Carlos Viera de. Op. cit., p. 252.

⁹¹⁸ *Idem*, p. 251.

⁹¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 27.

A formulação é que, sendo os direitos fundamentais originariamente direitos de defesa da liberdade contra o poder do Estado, não se justificaria a vinculação direta dos particulares, o que equivaleria a transformar os direitos em deveres, invertendo o seu sentido. Mas o salto evolutivo dessa concepção é que os direitos fundamentais não constituem somente garantias do indivíduo contra o Estado, senão também uma ordem objetiva de valores⁹²⁰ que se infiltram no direito privado por intermédio, sobretudo, das cláusulas gerais.⁹²¹ Impende consignar, outrossim, na linha de reflexão de Alexy, a propósito da “ordem objetiva de valores”, que a teoria dos valores pode ser reformulada como uma teoria de princípios. “Os princípios de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico como princípios objetivos.”⁹²²

Ou seja, tem o Estado efetivamente o dever de proteger os direitos fundamentais contra os ataques provindos das entidades privadas, mas deve fazê-lo através do direito privado. A dimensão externa dar-se-á de forma mediata, através das normas e princípios próprios do direito privado, servindo os preceitos constitucionais como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização.⁹²³ Operam-se aqui frequentemente casos de colisão de direitos, considerando-se que a posição de um indivíduo somente pode triunfar em face do outro com o reconhecimento da prevalência de um interesse sobre o outro. Não se trata, como anota Vieira de Andrade, de pura e simplesmente pôr o Estado numa categoria de “inimigo público”, e sim de considerar que os direitos fundamentais ganham uma dimensão objetiva e, como tais, são valores constitucionais que aos poderes públicos incumbe respeitar e fazer respeitar enquanto interesses públicos fundamentais.⁹²⁴

⁹²⁰ Entre as várias críticas à doutrina da “ordem objetiva de valores” desponta, pela sua autoridade, a de Habermas, para quem o recurso a valores, que não impõem deveres incondicionais e inequívocos aos seus destinatários, pois não seguem um código binário [lícito/ilícito, válido/inválido] típico das normas jurídicas, equivale a substituir os juízos deontológicos (“o que deve ser”), essenciais ao direito, por juízos axiológicos (“o que é bom”), ameaçando a certeza do direito (Cf. Virgílio Afonso da Silva, Op. cit., 84).

⁹²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., pp. 76, 77 e 84. (As cláusulas gerais, conceitos abertos, imprescindem, na atribuição do seu sentido, de um preenchimento valorativo por parte do intérprete, levando em conta o sistema de valores consagrados na Constituição.)

⁹²² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Malheiros Editores, 2008 [tradução de Virgílio Afonso da Silva], p.525.

⁹²³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 251-252.

⁹²⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 248.

Resta vencida a concepção liberal, que se opunha a que os direitos fundamentais tivessem eficácia nas relações entre particulares, época em que o indivíduo era concebido de forma isolada no meio social e político, sendo a sociedade e o Estado considerados como mundos separados e estanques, cada um governado por uma lógica de interesses própria. A regra formal da liberdade não se afigura suficiente para garantir a felicidade dos indivíduos e a prosperidade das nações, funcionando, ao contrário, como um fator de acirramento de antagonismos. A paz social, o bem-estar coletivo, a justiça e a própria liberdade não se realizam espontaneamente numa sociedade economicamente complexa, dividida, assimétrica e conflitual.

Tem prevalecido a tendência do modelo indireto, como afiança a doutrina, embora se registre a tendência doutrinária para a sua superação, na ideia de que há um dever de proteção estatal dos direitos fundamentais, cujo sistema torna-se cada vez mais complexo e diferenciado e que não valem apenas em face do Estado, senão também em face dos particulares, até mesmo porque ao Estado cabe o monopólio do uso da autoridade e da força legítima.⁹²⁵ Os indivíduos não estão mais isolados e contrapostos ao Estado, como se via na concepção liberal-burguesa. Sua atuação individual cede espaço à ação de grupos e partidos — sindicatos, associações patronais, grupos econômicos, igrejas, associações civis, profissionais, esportivas etc. — que dispõem cada vez mais de elevado poder social e político.⁹²⁶

No Brasil, afirma-se que o Supremo Tribunal Federal não tem ocupado a sua pauta, pelo menos de forma explícita, com a questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, embora já tenha examinado casos nos quais poderia, na sua fundamentação, ter desenvolvido uma doutrina em tão momentoso tema.⁹²⁷ Em rápida amostragem, citam-se dois precedentes no histórico da Corte sobre o tema. No RE n. 158.215 – RS,⁹²⁸ no qual se discutia a expulsão dos associados de uma cooperativa sem que tivessem tido, em face das normas estatutárias, direito de defesa, entendeu o STF, para dar

⁹²⁵ *Idem, ibidem*, p. 256; e SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 81.

⁹²⁶ ANDRADE, José Carlos Viera de. Op. cit., p. 248.

⁹²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 93.

⁹²⁸ RTJ 164/757-758, Relator Ministro Marco Aurélio – 2ª Turma, DJ 07/06/1996.

provimento ao recurso, que houve violação da garantia fundamental da ampla defesa, “insculpida em preceito de ordem pública”.

Já no RE n. 161.243 – DF,⁹²⁹ no qual era discutido o direito à igualdade nas relações entre particulares — um empregado da Air France pretendia benefícios trabalhistas que haviam sido concedidos aos empregados franceses da companhia —, decidiu a Corte que o princípio da igualdade deve ser respeitado em qualquer relação, não se compadecendo com nenhuma relativização. A despeito do acerto dos julgamentos, a crítica, no primeiro precedente, é que um simples caso de direito privado, que poderia ter sido resolvido nos domínios do direito civil — a norma estatutária previa a concessão de defesa, que não foi propiciada —, foi compreendido como violação de direito fundamental; no segundo, é que a Corte decidiu, “sem grandes preocupações com a fundamentação”, numa “tendência generalizadora e absolutizante”, que qualquer tratamento desigual é proibido, sem atentar para as particularidades de cada caso.⁹³⁰

No primeiro caso, embora a fundamentação da Corte não tenha desenvolvido a tese, deixando a sua identificação científica a cargo da doutrina, parece ter havido aplicação indireta da garantia da ampla defesa e do processo legal nas relações entre particulares, considerando-se que o estatuto da cooperativa, desrespeitado, já previa o direito de defesa, vedando a expulsão sumária dos sócios. A norma constitucional operou a partir de uma categoria material do direito privado. Os princípios objetivos da Constituição, sobre direitos fundamentais, influenciaram a interpretação do direito privado, o mecanismo por excelência do modelo indireto.⁹³¹

No segundo, e feita a mesma advertência, parece ter havido aplicação direta — sem mediação legislativa material do direito privado ou a despeito dela —, tendo-se em conta que o princípio da igualdade foi aplicado com efeito irradiador, no contrato de trabalho, do preceito constitucional. O resultado a que chegou a Corte tem a característica mais de um efeito normativo direto, modificativo da relação de emprego. Foi conferido efeito absoluto ao direito fundamental de igualdade, não se tratando de simples interpretação, senão da

⁹²⁹ RTJ 172/604 (AgR), Relator Ministro Carlos Mário Veloso, DJ 19/12/1997.

⁹³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., pp. 93 e 94.

⁹³¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Malheiros Editores, 2008 [tradução de Virgílio Afonso da Silva], p. 529.

aplicação do princípio de que dos direitos fundamentais “fluem também diretamente direitos subjetivos privados para os indivíduos”.⁹³²

Mais recentemente, no RE n. 201.819-8/RJ,⁹³³ no qual se discutia a exclusão de sócio da Sociedade Brasileira de Compositores sem homenagem ao princípio da ampla defesa, dito pelo recorrente como inaplicável a uma sociedade civil privada, entendeu a 2ª Turma do STF, pelo voto vencedor do Min. Gilmar Mendes, a par de outros fundamentos similares, retomando a linha de julgamento do RE n. 158.215 – RS, já referido, que as violações dos direitos fundamentais aplicam-se também nas relações entre as pessoas físicas e jurídicas de direito privado, não vinculando diretamente somente os poderes públicos; que a ordem jurídico-constitucional não conferiu a nenhuma associação civil a possibilidade de agir à revelia dos postulados que têm como fundamento direto o texto constitucional, especialmente em matéria de proteção às liberdades e garantias fundamentais; e que a exclusão do sócio do quadro social sem nenhuma garantia de ampla defesa legitima a aplicação direta dos direitos fundamentais ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Restou, então, mantido, o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

A despeito de afirmações candentes sobre a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, cuida-se efetivamente de discussão que está muito distante de uma sedimentação jurídica mais sólida, para assumir contornos dogmáticos claros e duradouros.⁹³⁴ Não deixou expressa a corte, na fundamentação do julgado, a opção por um dos modelos acima referidos — direto ou indireto —, conquanto pareça ter incidido o modelo imediato — aplicação imediata, já se viu, não quer dizer necessariamente eficácia ou, mais precisamente, garantia de eficácia —, porém indireto, que foi instrumentalizado pelo exame de uma relação jurídica de direito privado entre o sócio expulso, que se considerou ferido no seu direito constitucional à ampla defesa, e a União Brasileira de Compositores.

É que a essência desse modelo de construção, que tem por destinatário sobretudo o juiz, reside em que o efeito irradiador dos valores constitucionais opera no direito privado

⁹³² *Idem*, p. 530.

⁹³³ Julgado em outubro/2005, DJ 27/10/2006, 2ª Turma.

⁹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 229.

pela via interpretativa, de forma geral, tal como “ondas hertzianas” constitucionais a influenciar todo o ordenamento; e, mais especificamente, pela concretização das cláusulas gerais, sejam elas constitucionais (v.g. a dignidade da pessoa humana), sejam do direito privado⁹³⁵ — v.g., a proteção dos direitos da personalidade, a boa-fé objetiva, a função social da propriedade.

Já se destacou, segundo a reflexão de Jorge Miranda, que os princípios têm a serventia de elementos de construção e qualificação dos conceitos básicos do sistema constitucional; e que, pela propulsão expansiva da qual se revestem, têm força prospectiva, dinamizadora e transformadora, com grande peso na interpretação evolutiva.⁹³⁶ Em linha semelhante, consigna Hesse, a propósito da interpretação e aplicação do direito privado, que o direito constitucional e especialmente os direitos fundamentais têm singulares funções de garantia e, ao mesmo tempo, de impulsos e diretrizes. De garantia, porque contêm condições para a real efetividade de importantes institutos jurídico-privados — v.g., a propriedade e o contrato — e de proteção contra a sua extinção ou esvaziamento em virtude de lei; de impulsos, porque se convertem num meio eficaz para o seu desenvolvimento, como se fora um motor de mudança da legislação e da jurisprudência jurídico-privadas.⁹³⁷

Tem-se sustentado que uma técnica de aplicação dos valores constitucionais na legislação civil poderia ter como uma referência o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”).⁹³⁸ Mas, em face da supremacia da constituição, as “ondas constitucionais” não precisariam necessariamente, para ter eficácia, de portas de entrada (preceitos de direito positivo) no ordenamento ordinário,⁹³⁹ sem falar que os “fins sociais” da norma e as “exigências do bem comum” constituem conceitos assaz abertos, sem clareza conceitual e, por isso mesmo, propícios à excessiva subjetividade do intérprete, pondo em

⁹³⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Malheiros Editores, 2008 [tradução de Virgílio Afonso da Silva], p. 529.

⁹³⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Coimbra Editora, Tomo II, 2ª Edição, 1988, pp. 199-200.

⁹³⁷ HESSE, Konrad. Derecho Constitucional y Derecho Privado – traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez –, Editorial Civitas, S.A., Primera Edición, pp. 83-84.

⁹³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional, *in* Revista de Direito Civil (Imobiliário, Agrário e Empresarial), ano 17, julho/setembro/1993, p. 29.

⁹³⁹ FINGER, Julio Cesar. Op. cit., p. 98.

ameaça a certeza e a previsibilidade jurídicas. Não se busca uma tirania dos direitos fundamentais, que passaria a determinar substitutivamente toda a legislação e todas as relações jurídicas.⁹⁴⁰

A dimensão horizontal não afasta a tarefa clássica da lei, de delimitar a liberdade de uns em face da liberdade dos outros, mas, nesse contexto, os direitos fundamentais funcionam como garantias específicas, pontuais, vocacionadas à proteção de âmbitos particularmente ameaçados da liberdade humana. E se assim evita que a proteção geral e eficaz dos direitos fundamentais “se converta na praga de uma inflação de direitos fundamentais, com a qual o direito privado pouco teria a ganhar, e os direitos fundamentais e seu verdadeiro significado muito a perder”.⁹⁴¹

3.3 Prólogo à Função Social da Propriedade

Na propriedade, o direito subjetivo por excelência e centro do sistema do direito privado, está firmada toda a milenar estrutura social. Constitui o direito de propriedade, pressuposto sobretudo no estereótipo da propriedade fundiária, a manifestação mais cara, nos domínios jurídico-patrimoniais, da concepção social individualista-liberal, sob a qual tinha esse direito como única função atender aos interesses particulares do seu titular, se bem que a figura do abuso de direito já pudesse ser manejada com aptidão para coibir os excessos.⁹⁴²

Mesmo ostentando um passivo social e moral, a propriedade apresenta um ativo de liberdade e de prosperidade, ainda que individual, que inegavelmente contribui para a dignidade do homem.⁹⁴³ Conquanto combatida, em diferentes perspectivas, como um fator de alienação e de desumanização da sociedade capitalista, a propriedade nunca pôde ou pode ser eliminada como um instrumento crucial e decisivo do livre desenvolvimento da

⁹⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 84. (O autor faz menção à reflexão de Erns Forsthoff.)

⁹⁴¹ HESSE, Konrad. Derecho Constitucional y Derecho Privado – traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez –, Editorial Civitas, S.A., Primera Edición, p. 67.

⁹⁴² TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro, *in* Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, n. 6, julho/2005, p. 102.

⁹⁴³ CUNHA, Paulo Ferreira da. Propriedade e Função Social, *in* Revista de Direito Imobiliário, Editora Revista dos Tribunais, Ano 27, n. 56, janeiro/junho de 2004, p. 126.

personalidade de cada homem, para o qual traduz uma imprescindível garantia da liberdade, “sem a qual as cartas de direitos abstratos não passam de *flatu vocis*”.⁹⁴⁴

É relevante ter em conta que o prestígio da defesa exacerbada da propriedade, como direito absoluto e incontestável, está ligado mais a fatores e contingências históricos do que à instituição da propriedade em si mesma, como algo intrinsecamente maléfico. É que a base histórica do “absolutismo” não pode ser afastada do binômio autoridade/liberdade, expressivo de uma visão política que opunha Estado ao indivíduo e que politicamente se justificava como uma estratégia eficaz de combate e de superação ao absolutivismo do príncipe.⁹⁴⁵

A mais disso, e conforme já se destacou, o termo absoluto, gravado no art. 544 do Código Civil francês (“o direito de gozar e dispor das coisas da forma mais absoluta, desde que não se faça delas um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos”), conquanto já exprima “um emblema do conceito moderno (individualista, burguês, capitalista) da propriedade, sobretudo porque nele se costuma destacar o carácter absoluto e pleno dos poderes do proprietário,” não tinha, entretanto, o sentido típico da concepção liberal da propriedade, como uma autorização para qualquer uso arbitrário e a-social, senão o de “negar a existência de qualquer direito eminente, feudal ou estadual, que limitasse os poderes do proprietário”.⁹⁴⁶

A propósito, lembra Michele Giorgianni que uma lei de 1810, na França — pouco depois do *Code Civil*, portanto — passou a reservar ao Estado os recursos minerais, considerados, naquela época de industrialização nascente, a mais importante forma de riqueza fora do mundo agrícola. E assim a propriedade romana — e a propriedade absoluta napoleônica, por consequência —, uma das bases mais expressivas do jusnaturalismo, recebia um golpe violento com a rescisão da dimensão *usque ad inferos*.⁹⁴⁷

Somente no início do século XIX — adverte Manuel Hespanha — é que a doutrina jurídica francesa transforma a definição num dos dogmas do liberalismo, colocando-a “no

⁹⁴⁴ *Idem*, p. 120.

⁹⁴⁵ GRECO, Marco Aurélio. IPTU – Progressividade – Função Social da Propriedade, in *Revista de Direito Tributário*, Ano 14, n. 52, abril/junho de 1990, p. 112.

⁹⁴⁶ HESPANHA, António Manuel. António Manuel. *Direito Luso-Brasileiro no Antigo Régime*. Editora Fundação Boieteux, Florianópolis, 2005, pp. 86-87.

⁹⁴⁷ GIORGIANNI, Michele. *Op. cit.*, p. 40.

topo da ideologia proprietária ou individualismo possessivo”.⁹⁴⁸ O que, de certa forma, não é de difícil explicação quando se tem presente que o Estado da propriedade do *Code Napoléon* expressou precisamente uma inflamada resposta revolucionária à propriedade feudal, que se convertera em instrumento de servilismo humano, resposta que tem como premissa a abolição dos numerosos direitos feudais, que os revolucionários consideravam como privilégios odiosos e não como manifestações da propriedade.

De uma forma ou de outra, o célebre carácter absoluto e pleno dos poderes do proprietário não representa um paroxismo do ótimo, ou um caminho sem retorno ou sem evolução na engenharia social da propriedade, que, mui diversamente, tende, no seu carácter dinâmico, a afastar-se dos absolutismos e dar espaço ao relativismo, que professa a convivência e a coparticipação. Entre o homem e os bens há uma constante e recíproca interação. O homem e o mundo mutuamente se influem, são comunicantes entre si na construção da realidade.⁹⁴⁹ Àquela concepção absoluta e altaneira de propriedade veio a ser associada paulatinamente a noção coadjutora da concepção social da propriedade, na qual opera a noção de função social da propriedade, um dos temas mais abordados na moderna literatura jurídica brasileira.

Cuidando da ordem econômica e financeira, a Constituição estabelece como princípios impositivos a propriedade e a função social da propriedade. De início, a propriedade é listada como direito inviolável. Firmada essa premissa, a Constituição afirma, ainda no catálogo dos direitos e garantias individuais, que “é garantido o direito de propriedade”, que “a propriedade atenderá à sua função social”, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; e, tratando da ordem econômica e financeira, na qual opera a empresa, a forma mais moderna da propriedade, estatui, coerentemente, que ela deverá observar, entre outros princípios, a “função social da propriedade”.⁹⁵⁰

Os dois princípios — propriedade privada e função social da propriedade — consubstanciam diretrizes dotadas de carácter constitucional conformador, de modo a

⁹⁴⁸ HESPANHA, António Manuel. *António Manuel. Direito Luso-Brasileiro no Antigo Régime*. Editora Fundação Boieteux, Florianópolis, 2005, p. 87.

⁹⁴⁹ GRECO, Marco Aurélio. *Op. cit.*, p. 112.

⁹⁵⁰ Confirmam-se, respectivamente, o artigo 5º, *caput*, que põe a propriedade em pé de igualdade com o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, e os seus incisos XII, XXIII e LIV; e o artigo 170, inciso III.

justificar a reivindicação pela realização de políticas públicas. O princípio maior é o da propriedade privada, garantido constitucionalmente como direito individual, ao qual se agrega o princípio da função social.⁹⁵¹

Na análise da função social, afirma-se que ela representa a dimensão funcional da propriedade, ao lado da dimensão estrutural. As duas dimensões — estrutura e função — aparecem em relação dialética e, ao mesmo tempo, em um recíproco posicionamento como função típica e como função histórica do instituto.⁹⁵² Nas dobras dessa construção, quando se busca identificar o conteúdo mínimo da titularidade patrimonial, aponta a doutrina, de um lado, o aspecto estrutural como a face interna, econômica e estática da propriedade. O referencial desse aspecto é sobretudo o código civil e a perspectiva primordial é a satisfação do direito subjetivo e dos interesses do proprietário, expressa nas clássicas faculdades de usar, fruir e dispor.

De outro lado, aponta o aspecto funcional, a face externa da propriedade, expressa na faculdade ou prerrogativa de exclusão das pretensões ou ingerências alheias. Nesse aspecto externo, dinâmico, tradutor do papel que a propriedade desempenha no mundo jurídico e econômico, é que se situa a função social da propriedade.⁹⁵³ Noutro giro, afirma-se — o tema será retomado mais adiante, com maior aproximação — que a função social implica “limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito”.⁹⁵⁴

3.3.1 Função Social da Propriedade – Caracterização

Por fatores os mais diversos, que serão vistos, despertou a consciência social do homem civilizado, em face do referencial de poder social contido na propriedade, para a necessidade de “domesticar” o exercício do direito de propriedade moderna, não só com base no recorte clássico da propriedade fundiária, como também e sobretudo na perspectiva

⁹⁵¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 11ª Edição, 2006, Malheiros Editores, pp. 231-232.

⁹⁵² RODOTÀ, Stefano. *Note Critiche in Tema di Proprietà*, in *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, *Multa Paucis – AG*, Milano, Dott. ^a Giuffrè – Editore, 1960, p. 1253.

⁹⁵³ TEPEDINO, Gustavo. *A Nova Propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)*, in *Revista Forense*, Ano 85, Volume 306, abril/maio/junho de 1989, p. 73.

⁹⁵⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*, in *Revista de Informação Legislativa – Senado Federal*, n. 141, janeiro/março – 1999, p. 106.

da sua utilização como meio de produção, no exercício da atividade econômica, mola sobre a qual se sustenta a abóbada da economia mundial.

Nessa direção, alude-se à reflexão de Karl Renner, demonstrando que o poder sobre os bens engendra um poder sobre as pessoas. Ao impor a sua vontade sobre as pessoas, o proprietário, no exercício do poder proprietário, acaba por converter a autonomia em heteronomia da vontade. “A propriedade, de mero título para dispor de objetos materiais, converte-se em um título de poder e, na medida em que possibilita o exercício de tal poder no interesse privado, em título de domínio.”⁹⁵⁵

E daí a necessidade de técnicas jurídicas de contenção, visto que o controle do exercício do poder contido na propriedade tem precisamente o sentido, quiçá diretamente proporcional, de controle do poder que nela é imanente. Torna-se cada vez mais clara, por consequência, a consciência da necessidade de desenvolver mecanismos jurídicos destinados à superação das situações de dominação oriundas do livre exercício do direito de propriedade, entre eles se situando, a partir de longa perspectiva histórica, a função social da propriedade.

O primeiro debate, já no prólogo do estudo da função social da propriedade, consiste no que se deve entender por função, sobretudo em sentido jurídico,⁹⁵⁶ noção considerada por uns como muito nebulosa e demasiadamente calcada no conceito dos publicistas⁹⁵⁷ e por outros como vaga e ambígua, na medida em implicaria, num primeiro momento, que a propriedade deixasse de ser um direito subjetivo e, num segundo, que a função fosse precisamente o seu exercício.⁹⁵⁸

⁹⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. Função Social da Propriedade (Direito Econômico), *in* Enciclopédia Saraiva do Direito – Coordenação do Prof. R. Limongi França –, Volume 39 (pp. 17 – 27), pp. 18-19. (O autor alude ao trabalho de Karl Renner “El Derecho de Propiedad capitalista y las instituciones jurídicas complementarias del derecho de propiedad, *in* Sociología del Derecho, textos coletados por Vilhelm Aubert [tradução de Julio Valério Roberts], Venezuela, 1971.)

⁹⁵⁶ O termo tem significado em vários campos do saber: na biologia (um órgão e seu sistema), na filosofia (v.g., papel próprio desempenhado por uma visão num conjunto cujas partes são independentes [Lalande], na matemática (relação entre duas ou mais quantidades variáveis, entre as quais existe uma constante), na sociologia (relação entre uma instituição social e as necessidades de um organismo social) etc. (Cf. Sílvio de Macedo, *in* Enciclopédia Saraiva do Direito – Coordenação do Prof. Rubens Limongi França –, volume 38, pp. 480-483.)

⁹⁵⁷ RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 1305.

⁹⁵⁸ GOMES, Orlando. Novas Dimensões da Propriedade Privada, *Revista dos Tribunais*, Ano 59, janeiro/1970, Volume 411, p. 11.

A noção de função levaria o direito de propriedade, o padrão do direito subjetivo na ordem patrimonial, a converter-se numa complexa situação jurídica subjetiva ativo-passiva. Degradar-se-ia a propriedade como direito subjetivo, mas não chegaria a converter-se em interesse legítimo.⁹⁵⁹ Haveria uma contradição dogmática entre a noção de direito subjetivo e a de função, que implica o cumprimento de ônus e obrigações, como se a propriedade, obrigando, fosse mais um serviço e menos um direito.⁹⁶⁰

Em realidade, o termo função, tomado na acepção do modo concreto de funcionamento de um instituto ou de um direito, contrapõe-se e avulta à noção de estrutura — já se aludiu à estrutura e função, dimensões estática e dinâmica da propriedade, respectivamente —, o aspecto interno da propriedade. O uso do termo função, ressalta Rodotà, em oposição à estrutura, serve para definir a real forma de operar de um instituto em relação ao qual são conhecidas e individuadas as categorias morfológicas. E acrescenta que a alusão à função social, de quando em vez, sobre abrir caminho para uma pesquisa de sociologia jurídica, indica também algumas das características morfológicas.⁹⁶¹

Afirma-se que a função social, conceito essencialmente sociológico, e não técnico-jurídico, ainda que não seja uma hipocrisia convencional, expressa, na sua verdadeira face, um conceito ancilar do capitalismo, mais servindo para embelezar e esconder a substância da propriedade capitalista.⁹⁶² Mas, de toda forma, o elemento teleológico, “roubando a cena” do elemento estrutural, tem dado força e prestígio à ideia, corrente nos dias presentes (mas não a salvo de controvérsias), de que somente merece proteção a propriedade quando exercida de modo idôneo à realização dos interesses sociais.⁹⁶³

Objeta-se, por outro lado, que, sendo a função social o modo de operar de um instituto, não poderia ela ser considerada como uma dimensão dialética exterior à sua estrutura, senão como um componente necessário dela.⁹⁶⁴ E que, quando se fala em função

⁹⁵⁹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, Editora Forense, 19ª Edição (atualizada pelo Prof. Luiz Edson Fachin), 2006, pp. 123-124.

⁹⁶⁰ GOMES, Orlando e VARELA, Antunes. *Direito Econômico*, Editora Saraiva, 1977, p. 243.

⁹⁶¹ RODOTÀ, Stefano. *Note Critiche in Tema di Proprietà*, in *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, *Multa Paucis – AG*, Milano, Dott. ^a Giuffrè – Editore, 1960, p. 1296.

⁹⁶² GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, Editora Forense, 19ª Edição (atualizada pelo Prof. Luiz Edson Fachin), 2006, p. 127.

⁹⁶³ GOMES, Orlando e VARELA, Antunes. *Direito Econômico*, Editora Saraiva, 1977, p. 190.

⁹⁶⁴ RODOTÀ, Stefano. *Note Critiche in Tema di Proprietà*, in *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, *Multa Paucis – AG*, Milano, Dott. ^a Giuffrè – Editore, 1960, pp.1296-1297.

social do direito privado, pretender-se-ia na realidade dizer que, sendo a ciência jurídica uma ciência social, todo o direito estaria naturalmente revestido de caráter social. A expressão função social, por conseguinte, pouco ou nada acrescentaria a um direito, sendo indiferente à sua natureza e à sua definição formal. A função social seria uma fórmula sonora, mas juridicamente vazia.⁹⁶⁵

Mas, em que pese a imprecisão da expressão *função social* e sobretudo a dificuldade de convertê-la num conceito jurídico, o seu uso, mesmo sem univocidade, se tornou corrente no direito, ingressando preferencialmente nas constituições modernas, ainda que a sua expressiva carga psicológica haja sido recebida sem precauções pelos juristas,⁹⁶⁶ para expressar a compreensão de que a propriedade, em si mesma, traz obrigações ao seu titular, enquadrando-se na categoria dos poderes que se fazem acompanhar de direitos. A propriedade deve atender a interesses não proprietários, alheios à relação do binômio sujeito-coisa.⁹⁶⁷

Conquanto o efetivo perfil jurídico da função social, fora das previsões legais mais específicas, ainda se ressinta da falta de uma construção mais elaborada, raiando pela incerteza e pela ambiguidade, o fato é que ele é tributário da tradicional doutrina católica pela qual a propriedade, ao lado do elemento individual, tem um elemento social, na perspectiva de que a dimensão econômica, a sua face mais marcante na cultura ocidental liberal e individualista, não se sobreponha a outras dimensões da vida humana. Avulta o conteúdo econômico do princípio social, o momento coletivo da propriedade, não tanto na mira de resultados concretos que, em dado momento, possam parecer mais vantajosos à coletividade (mais produtividade, v.g.), e sim na perspectiva de que tais resultados se façam acompanhar de relações sociais mais justas.⁹⁶⁸

Um dos momentos de tensão no estudo da função social da propriedade é a sua convivência, sem atrito ou desastre conceitual, com a noção de direito subjetivo. A ideia de

⁹⁶⁵ RODOTÀ, Stefano. El Terrible Derecho – Estudios sobre la Propiedad Privada, Editorial Civitas, S.A. – Prólogo y traducción de Luiz-Díez-Pacazo –, 1986, p. 217.

⁹⁶⁶ GOMES, Orlando. Direitos Reais, Editora Forense, 19ª Edição (atualizada pelo Prof. Luiz Edson Fachin), 2006, p. 126.

⁹⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. A Nova Propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição), in Revista Forense, Ano 85, Volume 306, abril/maio/junho de 1989, p. 76.

⁹⁶⁸ RODOTÀ, Stefano. Note Critiche in Tema di Proprietà, in Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Multa Paucis – AG, Milano, Dott. a Giuffrè – Editore, 1960, pp. 1282-1283.

função como vínculo repugnaria à ideia de direito como liberdade, sendo impossível reunir, na engenharia formal de direito subjetivo, que pressupõe livres determinações, elementos de caráter obrigatório que redundariam por frustrá-las. O vínculo funcional, portanto, manifestar-se-ia em frontal incompatibilidade com a essência do direito de propriedade, vista no recorte de manifestação de liberdade.⁹⁶⁹ Haveria uma contradição dogmática na inserção, no direito subjetivo, da noção de função, que, como titularidade passiva, implica ônus e obrigações.⁹⁷⁰

Um dos flagrantes dessa contradição seria a conversão do direito de propriedade em simples interesse legítimo, se definido como direito-dever, ou mesmo a sua degradação, se mantido o padrão de direito subjetivo. Mas, a despeito disso, a transformação de maior significação da função social consistiria no fenômeno evolutivo da inserção da propriedade na realidade social, dada a imposição ao seu titular, pelo Estado, de ônus e deveres para com a coletividade, num crescendo de imposições que se inicia nas proibições restritivas no exercício do direito e termina na condenação da propriedade inerte, maninha ou mesmo especulativa, impondo-se ao proprietário o dever de utilizar o seu bem em sintonia com o direito coletivo. Dada a operatividade externa do aspecto funcional (elemento teleológico) sobre o estrutural, a atividade do proprietário perderia em muito a sua liberdade.⁹⁷¹

Em face da integração da função social como elemento da sua estrutura, num sistema que reconhece e garante a propriedade privada, chega-se a afirmar, não sem exagero, que restaria superada a contraposição entre o direito público e o direito privado, não propriamente no sentido de uma transformação da propriedade privada em propriedade pública, ou na passagem dos bens suscetíveis de apropriação privada para bens suscetíveis de apropriação pública, senão na evolução da propriedade em sentido social como uma metamorfose qualitativa do direito na sua dimensão concreta, voltada precisamente para as exigências de caráter social.⁹⁷²

⁹⁶⁹ RODOTÀ, Stefano. *El Terrible Derecho – Estudios sobre la Propiedad Privada*, Editorial Civitas, S.A. – Prólogo y traducción de Luiz-Díez-Pacazo –, 1986, pp. 223-224.

⁹⁷⁰ GOMES, Orlando e VARELA, Antunes. *Direito Econômico*, Editora Saraiva, 1977, p. 243.

⁹⁷¹ GOMES, Orlando. *Novas Dimensões da Propriedade Privada*, Revista dos Tribunais, Ano 59, janeiro/1970, Volume 411, p. 12.

⁹⁷² DE VITA, Ana. *La Proprietà Nell'Esperienza Giuridica Contemporanea*, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 195.

Outro ângulo de visão afirma que a paulatina redução dos poderes do proprietário levaria a que se convertesse, na realidade, em um órgão do Estado, ou em um concessionário de serviço público. O titular, no dever de exercitar o direito de propriedade com aptidão para atingir e obter fins sociais, estaria desempenhando uma função pública, ou no exercício de uma competência estatal. A concepção, claramente extremada — o proprietário, mesmo na máxima extensão dos deveres que compõem o momento funcional do direito de propriedade, nunca pode ser equiparado a um agente do Estado titular do ofício, para o qual a instrumentalidade exclusiva da atividade constitui uma determinante para a atribuição do poder —,⁹⁷³ trai a transposição para o direito privado, sem uma filtragem conceitual, da noção de função no direito público.

Avultam, na categoria dos poderes públicos, aqueles que se designam com o nome de funções (*oficia, munera*), predominantes no direito público, mas com exemplos incidentes no direito privado (*v.g.*, o ofício do tutor, o poder familiar), poderes que se exercem “não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo”.⁹⁷⁴ Tendo em conta que os interesses objetivos tutelados pelo Estado traduzem igualmente interesses da coletividade, vista no seu conjunto, os poderes do Estado consubstanciam, em regra, funções, que se caracterizam precisamente por ser, ao mesmo tempo, livres e vinculadas: contêm, como todo poder, um espaço de liberdade determinado pelo sujeito, mas são vinculadas negativamente, pela vedação de ultrapassar certos limites, ou positivamente, somente podendo ser exercidos na proporção direta do interesse público.⁹⁷⁵

Dizendo em outros termos, a função, enquanto poder exercido no interesse de outrem, configura um poder jurídico (*potestà*), uma situação jurídica subjetiva ativo-passiva que “constitui verdadeiro ofício, uma situação de direito-dever: como fundamento da atribuição dos poderes existe o dever de exercê-los”. Tem-se uma situação complexa “que

⁹⁷³ RODOTÀ, Stefano. Note Critiche in Tema di Proprietà, in Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, *Multa Paucis* – AG, Milano, Dott. A. Giuffrè – Editore, 1960, pp. 1308, 1309 e 1311.

⁹⁷⁴ ROMANO, Santi. Princípios de Direito Constitucional Geral (tradução de Maria Helena Diniz), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, p. 145.

⁹⁷⁵ *Idem*, p. 145.

atribui não simplesmente poderes, mas deveres que devem ser exercidos no interesse do representado”.⁹⁷⁶

A utilização da noção de função no direito público, sem um teste de rejeição, diretamente no direito privado, ainda que pela via constitucional, para subsidiar ou mesmo constituir o conceito de função social, leva a que a propriedade-função, como direito-dever, converta-se, na perspectiva da coletividade, em interesse legítimo, que consiste na irradiação da *potestà* em outras esferas de interesses, cujos sujeitos passam a ter legitimidade para intervir⁹⁷⁷ a fim de que o juiz verifique “a lealdade e a diligência utilizada no exercício da atividade”.⁹⁷⁸

Bem feitas as contas, ao considerar-se a propriedade-função como um direito-dever, sem a coa de algumas impurezas conceituais oriundas da noção de função no direito público, ter-se-á necessariamente a figura correlativa do interesse legítimo, que, por uma lógica retilínea, terá de conferir aos membros da coletividade o poder de exigir do proprietário, nos casos concretos, a diligência e o cuidado necessários ao cumprimento da função social da propriedade, resultado que, no cenário do presente, não passa de uma aspiração, se não de uma utopia.

Mas não é preciso chegar a tanto. Não são incompatíveis ou inconciliáveis as noções de função social e de direito subjetivo. Pode-se afirmar, com alguma consensualidade, que o conceito de função social da propriedade se impôs, ingressando nos documentos constitucionais. A ideia de propriedade como poder, como manifestação da liberdade, aprendeu a conviver com a ideia de função social. A ideia de poder da pessoa sobre a coisa, ínsita à noção de direito subjetivo, não opera como uma manifestação ilimitada da liberdade. “Só um preconceito liberal, individualista e, mais ou menos remotamente jusnaturalista, explica, aliás, as resistências da doutrina”.⁹⁷⁹

⁹⁷⁶ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional, 2ª Edição, tradução de Maria Cristina De Cicco, Editora Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2002, p. 129.

⁹⁷⁷ Como ocorre, v.g., com os menores submetidos ao poder familiar ou sob tutela, ou dos maiores interditados submetidos a curatela, que têm a prerrogativa de exigir o efetivo e correto cumprimento do *múnus*.

⁹⁷⁸ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional, 2ª Edição, tradução de Maria Cristina De Cicco, Editora Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2002, p. 130.

⁹⁷⁹ PRATA, Ana. Op. cit., p.163.

A suposta incompatibilidade, quando apresentasse relevo em face das teorias clássicas do direito subjetivo, como o interesse juridicamente protegido (Ihéring), como o poder ou domínio da vontade conferido pela ordem jurídica (Windscheid), ou mesmo como o interesse protegido mediante o reconhecimento do poder da vontade individual” (Jellinek), não procederia em face da concepção do direito subjetivo como permissão dada por meio de normas jurídicas (permissão jurídica) para o uso da *facultas agendi*⁹⁸⁰ para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não ter alguma coisa.⁹⁸¹

Conquanto concebido o direito subjetivo como faculdade, a noção não se revelaria incompatível com a noção de função social, tendo-se presente a ideia de que a evolução da faculdade para o ato, em concreto, ocorre dentro dos limites da autorização, até mesmo estabelecendo-se obrigações e ônus. O que se busca é uma conciliação do individual com o social, uma integração entre os ideais individuais e sociais.

Na expressão de Rodotà, se se pretende ter claro o contexto jurídico e econômico no qual opera a função social, faz-se necessário libertar a mente dos preconceitos oriundos de uma escassa reflexão sobre a história e ter presente que o capitalismo não pode caracterizar-se somente em função da propriedade individual, e sim em função da sua estrutura e do seu funcionamento dentro do procedimento produtivo.⁹⁸² A função social, nessa dinâmica, passa a ser tida como um elemento do direito de propriedade, sem que deixe de ser uma fonte de poder pessoal que não se exerce sobre as coisas, senão sobre as pessoas.

É de se considerar, outrossim, a mudança de relevância política da instituição da propriedade. A identificação entre a propriedade e a liberdade, que nascia dos laços umbilicais diretos entre o poder político e a propriedade, sobretudo a fundiária, ainda que não reste ultrapassada, apresenta-se hoje com interrogações, na medida em que a atribuição de poder político prescinde, em muitos casos, de propriedade, tendo-se tornado cada vez mais importantes formas outras de acumulações distintas da utilidade proprietária (fundiária), sem falar que o centro de gravitação do poder proprietário, muitas vezes, está

⁹⁸⁰ JÚNIOR, Goffredo Teles. Iniciação na Ciência do Direito, Editora Saraiva, 2001, pp. 255-256.

⁹⁸¹ São exemplos de direitos subjetivos as permissões de ter domicílio inviolável; de adotar pessoa como filho; de usar, gozar e dispor da propriedade; de cedê-la em locação ou de dá-la em comodato; de exigir o pagamento do que é devido e a quitação de dívida paga etc.

⁹⁸² RODOTÀ, Stefano. El Terrible Derecho – Estudios sobre la Propiedad Privada, Editorial Civitas, S.A. – Prólogo y traducción de Luiz-Díez-Pacazo, 1986, pp. 222-223.

mais no controle do que na titularidade. A liberdade do indivíduo passa a encontrar a sua defesa não propriamente na garantia de acesso à propriedade, senão na intervenção estatal com aptidão para impedir que a propriedade se torne num instrumento de privilégios.⁹⁸³

Deixou-se consignado que a função social da propriedade, conquanto não leve necessariamente à noção correlativa de interesse legítimo, expressa a compreensão de que a propriedade, como tal, implica obrigações ao seu titular, enquadrando-se na categoria dos poderes que se fazem acompanhar de direitos, atendendo também a interesses não proprietários. “Como toda a evolução doutrinária no campo civilístico, também esta tem sido lenta e quase exclusivamente determinada pela força e extensão que os limites e obrigações impostas ao proprietário assumiram na lei.”⁹⁸⁴

Mas ela, a função social da propriedade, não se identifica com as restrições ao uso e gozo dos bens, como limites negativos aos direitos do proprietário. Diversamente, a noção significa um poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social, por sua vez, sinaliza que esse objetivo deve corresponder ao interesse coletivo, e não exclusivamente ao interesse pessoal do titular do domínio.⁹⁸⁵

Mas, como destaca Fábio Comparato, a propriedade dotada de função social é distinta da propriedade dotada de função individual. Esta sempre foi justificada como um meio de proteção do indivíduo e de sua família em face das necessidades materiais, como forma de garantia da própria subsistência. Mas (adverte), na civilização contemporânea, a propriedade privada não é mais o único nem o melhor meio de garantir a subsistência individual ou familiar. Despontam, no seu lugar, cada vez mais, “a garantia de emprego e de salário justo e as prestações sociais devidas ou garantidas pelo Estado, como a previdência contra os riscos sociais, a educação e a formação profissional, a habitação, o transporte e o lazer”.⁹⁸⁶

⁹⁸³ RODOTÀ, Stefano. Note Critiche in Tema di Proprietà, *in* Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Multa Paucis – AG, Milano, Dott. A. Giuffrè – Editore, 1960, pp. 1303-1304.

⁹⁸⁴ PRATA, Ana. Op. cit., p.163.

⁹⁸⁵ COMPARATO, Fabio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção, *in* Revista de Direito Mercantil, n. 63, p. 75.

⁹⁸⁶ *Idem*, p. 73. (A observação, na realidade, trai a ideia, incorreta, de que a propriedade é somente a corpórea, que tem por objeto coisas tangíveis. Os direitos obrigacionais de caráter econômico – lembre-se dos valores mobiliários, de tamanha presença e significação na moderna economia globalizada – são também formas de propriedade.)

De toda forma, a propriedade como direito individual, com função individual, continua garantida pela generalidade das constituições modernas, capitalistas e socialistas. Essa propriedade, em princípio não dotada de função social, encontra limitações no seu exercício no poder de polícia, sendo insuscetível de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária.⁹⁸⁷

A propriedade dos bens de produção é que é dotada de função social, pois eles é que são postos em dinamismo no sistema capitalista, em regime de empresa. O ciclo da propriedade dos bens de consumo se esgota na sua própria fruição e a dos bens de uso, sem destruição necessária, se esgota no próprio uso, ainda que algumas vezes sob regime jurídico diverso do comum. Os bens dotados de função individual, não obstante, passam ao regime da função social no que excederem o que for caracterizável como função individual, como na propriedade acumulada para fins de especulação ou desvirtuada do uso a que se destina.⁹⁸⁸ A função social da propriedade modela o estatuto proprietário em toda a sua essência, consubstanciando, segundo se tem afirmado, o título justificativo, uma espécie de causa última de atribuição dos poderes ao titular, proposição em cuja esteira se sentencia que a propriedade que não se conforma aos interesses sociais relevantes não é digna de tutela como tal.⁹⁸⁹

Em virtude da função social, nas situações jurídicas de conteúdo econômico, a atribuição proprietária não é incondicionada. A função social, na expressão de Rodotá, manifesta-se, num primeiro momento, como falta de atribuição ao proprietário de determinadas faculdades, reduzindo-se o conteúdo da propriedade; num segundo, como condições para o exercício das faculdades que lhe são atribuídas, i.é., subordinando-se a eficácia dos atos realizados à concorrência de determinados pressupostos; e, num terceiro

⁹⁸⁷ Estatui a Constituição que a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, é insuscetível de desapropriação agrária, sendo a única do proprietário (art. 185,I), o que, todavia, não afasta a desapropriação por necessidade ou por utilidade pública.

⁹⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 11ª Edição, 2006, Malheiros Editores, pp. 234, 235, 237 e 238.

⁹⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro, in Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, n. 6, julho/2005, p. 106. (A afirmativa revela um certo desvio de noção ampla de propriedade, como sinônimo de patrimônio, dando involuntariamente a ideia incorreta de que propriedade é o mesmo que propriedade corpórea, sobretudo fundiária. A sentença, para ser verdadeira *in totum*, teria que levar à conclusão de que a propriedade que não se conformasse aos interesses sociais deveria ser confiscada; jamais desapropriada pelo justo preço, lembrando-se que o desapropriado continua titular [*rectius*, proprietário] dos valores patrimoniais recebidos com indenização.)

momento, como obrigação de exercitar determinadas faculdades sobre a base de uma livre apreciação ou de acordo com modalidades marcadas, sem as quais falta legitimação à titularidade.⁹⁹⁰

Contém a função social, como direito-dever, em relação aos bens não destinados ao consumo individual, um sentido impulsivo de comportamentos de gestão, que vão além dos interesses privados do seu titular.⁹⁹¹ No que se relaciona aos bens de produção — os acervos de bens de capital utilizados como instrumento da propriedade societária —, não se aplicam somente as faculdades de usar, fruir e dispor, senão “o poder-dever de organizar, explorar e dispor.”⁹⁹²

Mas convém estar em alerta para não se perder em circunlóquios! Nem as limitações tradicionais nem os ônus da função social, como uma hipoteca social, suprimem da propriedade particular a característica de direito individual. A propriedade continua sendo um direito de natureza privada, o que não poderia ser diferente nos sistemas capitalistas que erguem como princípios da ordem econômica a livre iniciativa e a concorrência. Não se descaracteriza o direito subjetivo, a despeito da função que inibe o seu uso antinatural.⁹⁹³

O momento decisivo da concepção clássica de propriedade, consistente no poder de disposição sobre o bem ou a titularidade patrimonial, continua com sua estatura constitucional inexpugnável.⁹⁹⁴ A função social — volte-se à questão, rapidamente — não opera no íntimo estrutural da propriedade. Por paradoxal que soe, e embora possa parecer uma sutileza gratuita, em verdade não é a propriedade que é disciplinada em ordem a realizar a função social. A função social, diversa e inversamente, é que é realizada pela lei. É a lei que, autorizada pela Constituição, faz atuar a função social, que configura a *ratio*, a justificativa das intervenções do legislador para estabelecer limites que definem

⁹⁹⁰ RODOTÀ, Stefano. El Terrible Derecho – Estudios sobre la Propiedad Privada, Editorial Civitas, S.A. – Prólogo y traducción de Luiz-Díez-Pacazo –, 1986, pp. 238-239.

⁹⁹¹ BARASSI, Ludovico. Proprietà e Comproprietà, Milano Dott. A. Giuffrè – Editore, 1951, pp. 281-282.

⁹⁹² VIDIGAL, Geraldo de Camargo. Teoria Geral do Direito Econômico, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, p. 27.

⁹⁹³ ARAÚJO, Telga de. Função Social da Propriedade, *in* Enciclopédia Saraiva do Direito (Coordenação do Prof. R. Limongi França), Volume 39, p. 7.

⁹⁹⁴ Não pode sequer ser objeto de deliberação e proposta de emenda constitucional, no Brasil, a pretensão que vise a supressão dos direitos e garantias individuais (art. 60, IV), em cujo elemento se encontra a propriedade (art. 5º, caput e inciso XXII).

comportamentos ativos do proprietário. No interior dessa faixa externa, o proprietário continua a comportar-se como titular de uma competência exclusiva.⁹⁹⁵

Por proprietário tenha-se em conta o individual, privado. Não há de se cogitar de função social da propriedade pública, que por princípio já se destina ao atendimento do interesse público e social. Há quem assim não entenda, afirmando que, embora na propriedade privada a funcionalização seja mais apropriada e revolucionária, precisamente para atenuar o interesse egoístico do titular, ela não deixa de existir também na propriedade pública, dado que o interesse público não corresponde necessariamente ao interesse social.⁹⁹⁶

Mas a compreensão pode não ser a melhor. Pode-se admitir que, em relação aos bens dominicais do Estado, ou mesmo quanto às empresas estatais que realizam atividades econômicas estritas, como braços do Estado no mundo econômico, e que têm natureza jurídica de direito privado, faça algum sentido falar em função social da propriedade. Não de forma geral em relação à propriedade pública. O interesse público pode ser entendido como um gênero no qual está compreendido o interesse social.

Como ressalta Eros Roberto Grau, “a ideia de função social como vínculo que atribui à propriedade ... só tem sentido e razão de ser quando a propriedade é privada. A alusão à função social da propriedade estatal qualitativamente nada inova, visto ser ela dinamizada no exercício de uma função pública”.⁹⁹⁷

3.3.2 Função Social da Propriedade – Panorama Histórico-Evolutivo

A afirmação jurídica do conceito de função social da propriedade ainda é relativamente recente — nada obstante ser de certo modo já familiar nos tempos correntes e ter dado vida a uma vasta literatura —, mas se trata de ideia assaz antiga, que a doutrina

⁹⁹⁵ PRATA, Ana. Op. cit., p. 163, nota (293). (A autora se reporta às palavras de Pietro Barcelona, *in Diritto privato e processo economico*, Nápoles, 1977, pp. 179 e 180.)

⁹⁹⁶TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro, *in* Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, n. 6 (pp. 101 – 119), julho/2005, p.112.

⁹⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 11ª Edição, 2006, Malheiros Editores, p. 232.

costuma fazer recuar à concepção cristã de propriedade, tornada célebre pela doutrina social do catolicismo.

Há, contudo, referências anteriores ao pensamento de Aristóteles, que, a despeito de opor-se ao comunismo de Platão (referido à legislação sobre as esposas e os filhos), consideram que não é reprovável um comunismo meramente econômico, ainda que a falta de moralidade e de virtude entre os homens propicie à propriedade privada maiores vantagens em relação à comunidade de bens.⁹⁹⁸

O jusnaturalismo católico (já se deixou dito) constitui a cumeeira ou trave-mestra da doutrina jurídico-político-social da Igreja Católica ao longo da história moderna. Uma das suas manifestações históricas de maior acústica, a *Rerum Novarum*, de Leão XIII, tematizando a questão operária e a dignidade do trabalho, alude à propriedade particular e pessoal como um direito natural do homem, que tem no trabalho do homem a sua força criadora e o seu título aquisitivo.

Na sequência doutrinária, e também com notável significado histórico-social, a *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, enfatiza que os princípios da sociologia católica entraram aos poucos no patrimônio cultural de toda a sociedade humana e reafirma que “a natureza ou o próprio Criador deram ao homem o direito do domínio particular, não só para que ele possa prover às necessidades próprias e da família, mas para que sirvam verdadeiramente ao seu fim os bens destinados pelo Criador a toda família humana”.⁹⁹⁹

Todavia, o embrião da concepção cristã de propriedade costuma ser apontado na especulação tomista sobre o bem comum,¹⁰⁰⁰ se bem que antes do tomismo Santo Ambrósio já clamasse por uma sociedade mais justa tendo como base a propriedade comum, e Santo Agostinho já condenasse o abuso do homem no uso dos bens dados a todos os homens por Deus.¹⁰⁰¹ Para São João Crisóstomo, o mundo deve ser como uma casa na qual todos os servidores recebam a mesma porção.¹⁰⁰²

⁹⁹⁸ ARIAS-BUSTAMENTE, Lino Rodriguez. De la Propiedad Privada a la Propiedad Comunitaria, Monte Avila Editores, Caracas – Venezuela, 1971, p. 45.

⁹⁹⁹ Capítulo II, n. 1 – Direito de Propriedade, Sua índole individual e social.

¹⁰⁰⁰ RODOTÀ, Stefano. Note Critiche in Tema di Proprietà, in Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Multa Paucis – AG, Milano, Dott. A. Giuffrè – Editore, 1960, pp. 1290-1291.

¹⁰⁰¹ ARAÚJO, Telga de. Op. cit., p.7.

¹⁰⁰² ARIAS-BUSTAMENTE, Lino Rodriguez. Op. cit., p. 42.

O essencial sobre a propriedade privada e a sua função social estaria no *respondeo* ao Artigo 2 da Questão 66 da Suma Teológica.¹⁰⁰³ Para Tomás de Aquino, pelo direito natural, tudo é comum e a essa comunidade se opõe a propriedade de bens particulares. Em relação aos bens exteriores, detém o homem dois poderes ou duas atribuições.

Uma é o poder de administrar (de gerir) e de dispor (distribuí-los), sendo lícito ao homem, nesse pressuposto, possuir bens como próprios, o que se torna mesmo necessário para a vida humana, por três razões: a) cada um é mais solícito em cuidar do que lhe pertence como próprio do que no cuidado com aquilo que pertence a todos; b) as coisas humanas são tratadas com mais ordem quando o cuidado com cada coisa é confiado a pessoa determinada, reinando a confusão quando todos se ocupam indistintamente de tudo; c) a paz entre os homens fica garantida com melhor eficácia quando cada um está contente com o que é seu, surgindo frequentes litígios e discórdias entre os que têm posse comum e indivisa.¹⁰⁰⁴ A outra atribuição que compete ao homem sobre as coisas exteriores é o uso delas. Não deve o homem, portanto, sob esse aspecto, ter os bens exteriores como próprios, como seus, excluindo os demais das suas utilidades, mas de forma comum, partilhando-as com os mais necessitados.¹⁰⁰⁵

Sob os auspícios desse ideário, todos os homens têm o direito de usar dos bens materiais de forma estável e permanente, direito esse que lhes garante uma esfera exterior de personalização e que lhes facilita o desenvolvimento da personalidade. O direito de propriedade se estende não somente aos bens de consumo como aos de produção. O desfrute da propriedade deve alcançar a todos, de modo a que não fiquem alienados na sociedade, sem horizontes de garantia da sua pessoa e dos seus semelhantes. A função social constitui uma característica intrínseca da propriedade, integrada dos momentos individual e social.¹⁰⁰⁶

Para as diretrizes do pensamento católico acerca da propriedade, portanto, tributárias da ideia tomista de *bonum commune*, a propriedade não é uma função social a

¹⁰⁰³ CUNHA, Paulo Ferreira da. Op. cit., p. 116.

¹⁰⁰⁴ AQUINO, Tomás de. Suma Teológica, Edições Loyola, Volume 6, Questão 66 (Artigo 2), pp. 156, 157 e 158.

¹⁰⁰⁵ *Idem*, p. 158.

¹⁰⁰⁶ ARIAS-BUSTAMENTE, Lino Rodriguez. Op. cit., p. 80. (o autor se reporta a uma resenha das posições da Igreja em matéria de propriedade, feita por Jean-Ives Calvez.)

serviço do Estado, precisamente porque tem assento num direito pessoal que ao Estado incumbe respeitar. Mas a propriedade tem uma função social, subordinada que está ao bem comum como um direito que implica obrigações sociais.¹⁰⁰⁷ A propriedade “tem” e não “é” uma função social, atributo que indica a sua posição no sistema de direitos e aparece como um temperamento das suas faculdades, mas não lhe determina nenhuma peculiaridade estrutural.¹⁰⁰⁸

Esse discurso, pedestal da doutrina social da Igreja, expandiu-se para os territórios laicos e se incorporou ao pensamento social e jurídico do mundo moderno. Atribui-se a Otto Gierke, na Alemanha, em 1889, o pioneirismo, na classe dos juristas, a proclamar que a propriedade sem deveres carece de futuro.¹⁰⁰⁹ Pela primeira vez, enfatiza Orlando Gomes, “uma voz autorizada na confraria dos juristas proclamou que se deveriam impor deveres sociais à propriedade e que esta não deveria servir apenas ao interesse egoístico do proprietário, mas que deveria, sim, ser ordenada no interesse de todos”. Lançava-se, dessa forma — prossegue —, “a semente da ideia de função social da propriedade que iria frutificar, a princípio, na França com Duguit e seus discípulos e depois na Itália, principalmente durante a ascensão e o apogeu no fascismo”.¹⁰¹⁰

O discurso jurídico da função social, como princípio geral, impondo obrigações ao proprietário privado, recebe impulso com a reflexão sobre problemas ligados ao desenvolvimento social, durante o primeiro pós-guerra, paralelamente à noção de bem-estar social, desenvolvida pela ciência econômica, noção que se afigura de certo modo análoga ao conceito de função social, que já não se modela exclusivamente em motivações de ordem moral, ideológica ou política, mas adquire sua autonomia científica, condição para atuar no interior do dogma altamente tecnificado do direito subjetivo.¹⁰¹¹

Na visão liberal, a propriedade cumpriria necessariamente a sua função social pela apropriação dos seus objetos, em si mesma, como fator máximo de expressão e do desenvolvimento da personalidade e da liberdade humana, concepção que gerenciou a

¹⁰⁰⁷ ARAÚJO, Telga de. Op. cit., p. 7.

¹⁰⁰⁸ RODOTÀ, Stefano. *El Terrible Derecho – Estudios sobre la Propiedad Privada*, Editorial Civitas, S.A. – Prólogo y traducción de Luiz-Díez-Pacazo, 1986, pp. 215-216.

¹⁰⁰⁹ ARIAS-BUSTAMENTE, Lino Rodriguez. Op. cit., p. 62.

¹⁰¹⁰ GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 271.

¹⁰¹¹ RODOTÀ, Stefano. *Note Critiche in Tema di Proprietà*, in *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, *Multa Paucis – AG, Milano, Dott. A. Giuffrè – Editore*, 1960, pp. 1288-1289.

engenharia das codificações napoleônicas. Mas os movimentos sociais e filosóficos, associados à expansão econômica, forçaram a mudança da escala de valores e desmistificaram a crença igualitária do ideário de 1789.

O Estado abandona a posição de neutralidade, inclusive contratual, e passa a intervir no mundo socioeconômico, a princípio excepcionalmente e depois de forma sistemática, com o intuito de impedir o avanço das desigualdades sociais e de atender aos interesses básicos do povo.¹⁰¹² No paradigma do Código Civil francês, a propriedade tem um caráter nitidamente econômico, com o qual se converte em um código do proprietário, vocacionado à defesa da propriedade privada concebida como um direito absoluto, a fim de que o indivíduo, com o seu engenho pessoal no máximo rendimento, pudesse gerar riqueza e, a partir daí, impulsionar o progresso e o avanço social.

Restou natural, portanto, que a função social da propriedade abrisse caminho no âmago do direito subjetivo, restringindo o poder absoluto do proprietário, pela influência de fatores diversos, entre eles as crescentes limitações ao exercício das prerrogativas do proprietário, os efeitos das doutrinas anti-individualistas, a proteção dos direitos dos colonos e dos arrendatários e, quiçá com mais expressão, a jurisprudência sobre o princípio do abuso de direito.¹⁰¹³

Frustrada a ilusão liberal da coincidência dos interesses individual (função pessoal) e coletivo (função social) na estrutura do direito subjetivo, a propriedade ilimitada se aproxima do seu ocaso histórico e se coloca na necessidade de não ficar alheia ao benefício social. A teoria do abuso de direito passa a ser a primeira tentativa expressa nesse rumo,¹⁰¹⁴ considerando-se que se insere na problemática dos limites e da função social da propriedade.

Trata-se de teoria ligada a Louís Josserand, concebida sob a ideia de uma imanente relatividade dos direitos subjetivos. Sendo os direitos privados facultades conferidas pela ordem jurídica em vista de determinados fins, abusivo será o seu exercício quando se desviem da finalidade para a qual foram instituídos, como atos de emulação. Deixando o

¹⁰¹²TEPEDINO, Gustavo. A Nova Propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição), *in* Revista Forense, n. 306, Ano 85, Abril/Maio/Junho/1989, p. 74.

¹⁰¹³ARIAS-BUSTAMENTE, Lino Rodriguez. Op. cit., pp. 60, 61 e 62.

¹⁰¹⁴ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil – Reais, 5ª Edição, Coimbra Editora, 1993, pp. 190 e 191.

direito de corresponder à sua função própria na medida em que exercido irregularmente, segue-se que não pode ser tutelado.¹⁰¹⁵ O abuso de direito implica a ideia da sua relatividade e da sua função social; e, ainda hoje, a França, que não contempla de forma direta o princípio da função social, pratica-o de forma indireta, pela jurisprudência edificada em torno da noção de abuso de direito.¹⁰¹⁶

Embora as razões sociais da construção da função social da propriedade naturalmente não ingressem ao vivo no mundo jurídico, atribui-se historicamente a Augusto Comte, em *Système de politique positive*, de 1850, a formulação das bases conceituais sobre as quais se ergue o princípio da função social da propriedade, em contraste com a teoria clássica da propriedade como um direito natural e individual. Para Comte, a propriedade é uma indispensável função social destinada a formar e administrar os capitais pelos quais cada geração prepara os trabalhos da subsequente. Nas suas próprias palavras, transcritas por Léon Duguit:

Em todo estado normal da humanidade, todo cidadão, qualquer que seja, constitui realmente um funcionário público, cujas atribuições, mais ou menos definidas, determinam ao mesmo tempo obrigações e pretensões. Este princípio universal deve certamente estender-se até a propriedade, na qual o positivismo vê, sobretudo, uma indispensável função social, destinada a formar e administrar os capitais com os quais cada geração prepara os trabalhos da seguinte. Sabiamente concebida, essa apreciação normal enobrece a sua possessão, sem restringir a sua justa liberdade e até fazendo-a mais respeitável.¹⁰¹⁷

As ideias de Comte foram reelaboradas por Léon Duguit, constitucionalista francês que negou a existência do direito subjetivo segundo o figurino individualista do iluminismo, a quem é atribuída a sistematização da teoria da propriedade como função social. Segundo Duguit, que tematizava o paradigma de direito subjetivo consagrado no Code Napoléon, coroamento de uma construção jurídica de larga e prestigiosa evolução, tido pela maioria dos juristas franceses e estrangeiros como um sistema de direito

¹⁰¹⁵ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, Editora Forense, 19ª Edição (atualizada pelo Prof. Luiz Edson Fachin), 2006, p. 156.

¹⁰¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, III Edição, Editora Saraiva, 2004, p. 22.

¹⁰¹⁷ DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho – Publico Y Privado*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, República Argentina, p. 240.

definitivo, que se imporia como o rigor e a evidência de um sistema de geometria, o direito é muito menos a obra do legislador que o produto constante e espontâneo dos fatos. Na sua reflexão, pouco importa que as leis positivas permaneçam intactas: pela força das coisas, sob a pressão dos fatos, nas necessidades práticas, formam-se constantemente instituições jurídicas novas.¹⁰¹⁸

Em relação à base teórica que vinha da doutrina social da Igreja Católica, pensada e edificada ao longo de séculos, em perspectiva temporal de aplicação, mas na premissa comportamental da vida cristã, ocorre uma apropriação e uma reelaboração, mas numa perspectiva estritamente social e política. A solidariedade social, um dos conceitos básicos trabalhados por Duguit, não tem conotação caritativa ou de fraternidade; não é uma regra moral de conduta, senão um imperativo social.¹⁰¹⁹

A reelaboração de Duguit se desenvolve em concurso com a tese de Émile Durkheim da solidariedade social, no propósito de dar base teórica à negação da existência do direito subjetivo. Em *De la Division du Travail Social (Étude sur L'Organisation des Sociétés Supérieures)*”, obra de 1893, Durkheim defende que a divisão social do trabalho seria fator de estrutura ou morfologia social.

Nas sociedades primitivas, com fraca divisão social do trabalho e indiferenciação de tarefas, existiria uma solidariedade mecânica, ou solidariedade por semelhança, que imporia a necessidade de normas mais repressivas. Nas desenvolvidas, mais complexas, predominando, em escala crescente e sempre mais acentuada, a divisão social do trabalho, haveria, congregando os indivíduos, como elemento catalisador, uma solidariedade por diferenciação, ou solidariedade orgânica, que levaria à necessidade de um direito menos repressivo e mais restitutivo.¹⁰²⁰

Cada indivíduo componente da sociedade marcada pela divisão social do trabalho sente a necessidade da participação e da contribuição do outro, na medida em que a diferenciação de tarefas acarreta uma interdependência. O desempenho de um completar-se-ia necessariamente no do outro, dando ensejo à solidariedade orgânica. Como os

¹⁰¹⁸ *Idem*, pp. 171 e 172.

¹⁰¹⁹ SANTOS, Antonio Jeová. *Função Social do Contrato*, 2ª Edição, Editora Método, São Paulo, 2004, p.108.

¹⁰²⁰ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel – Tome Premier (Théorie Générale de L'État)*, Paris – Fontemoing @ Cie, Éditeurs, 1911 (*La solidarité ou L'interdépendance sociale*), p. 16; e BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função*, Editora Manole Ltda., 2007, pp. 133-135.

diferentes órgãos de um corpo vivo, em funções harmônicas, assim seriam os indivíduos em sociedade. Seria a sociedade como que um organismo — e daí a expressão solidariedade orgânica.¹⁰²¹

A observação das sociedades desenvolvidas não confirma a tese de Durkheim. Sua lei — o direito, no curso do avanço social, marcharia de repressivo para restitutivo, em função da divisão social do trabalho — não tem generalidade, conquanto a tese da solidariedade social por diferenciação, ou orgânica, ostente uma forte armadura lógica. A crescente violência das sociedades modernas tem demandado, mais e mais, normas acentuadamente repressivas. A paz social tem outros postulados além da divisão social do trabalho.

Dessa estrutura lógica, aliada à sua aversão positivista ao conceito jusnaturalista de direito imanente ao homem, como ser, anterior e superior ao direito positivo, serve-se Duguit para negar a existência do direito subjetivo e, na consequência, para desenvolver sociologicamente a teoria da função social da propriedade. Pelo seu magistério, o que se denomina como direito subjetivo é o poder atribuído à vontade do seu titular de se impor às demais vontades. Sua noção essencial implica sempre duas vontades: uma superior à outra, que se impõe. À ciência é impossível justificar porque uma vontade pode ser superior à outra. Portanto, em última análise, a noção de direito subjetivo é de ordem metafísica e, assim, inaceitável nos domínios da ciência. A palavra direito deveria ser desterrada da verdadeira linguagem política.¹⁰²²

Para Duguit, a doutrina individualista não deveria ser admitida, por apoiar-se numa afirmação apriorística e hipotética. A assertiva de que o homem natural, ser isolado, é investido de certas prerrogativas e direitos imanescentes à condição de homem é puramente gratuita. O homem natural, isolado de laços sociais, nascido livre e independente dos demais, é uma abstração. O homem nasce membro de uma coletividade, tendo sempre vínculos com ela. O ponto de partida de toda a doutrina sobre o fundamento do direito é sem dúvida o homem natural; mas não aquele homem natural, ser isolado e livre dos filósofos do século XVIII, e sim o indivíduo preso nos laços de solidariedade social; o

¹⁰²¹ DURKHEIM, Émile. De la Division du Travail Social (Étude sur L'Organisation des Sociétés Supérieures), Paris – Ancienne Librairie Germer Baillière et Cie, 1893, pp. 118-130.

¹⁰²² DUGUIT, Leon. Las Transformaciones Generales del Derecho – Público Y Privado. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, República Argentina, pp. 174, 175 e 176.

homem nascido membro de uma coletividade, sujeito, por esse fato, a todas as obrigações que implicam a manutenção e o desenvolvimento da vida coletiva.¹⁰²³

O direito é um produto da evolução humana; um fenômeno social. Repelida a noção de direito subjetivo, que considera como metafísica, Duguit elege a solidariedade social como fundamento do direito. A divisão social do trabalho é o eixo central em torno do qual gravita e avança o fenômeno jurídico. Na solidariedade social radica a causa da coesão social. Esta coesão fundamenta-se na necessidade de manter coerentes entre si os diferentes elementos sociais, pelo cumprimento da função social que compete a cada indivíduo e a cada grupo, estando esta função determinada pela posição que o indivíduo ocupa de fato na coletividade. Só se justifica a ação humana quando em sintonia com aquela funcionalidade social.

Membro que é da sociedade, o indivíduo não tem direitos subjetivos, senão a obrigação de fato de cumprir uma determinada função social. Os atos que realiza para esse fim têm valor social e serão protegidos. Há somente funções sociais. O norte do direito será a noção de fim. A proteção jurídica dos atos dos indivíduos está na razão direta da vinculação que guardem com as funções sociais, já que há apenas deveres, como efeitos diretos de interdependência social. A propriedade, portanto, é uma função social. A noção de função social (propriedade-função), assim, substituiria a noção de direito subjetivo de propriedade.¹⁰²⁴

Mas, para prevenir confusões que podem ser imputadas ao seu firme, claro e incisivo discurso, Duguit faz duas advertências: a) de que, nos seus estudos, considera exclusivamente o que os economistas chamam de propriedade capitalista, deixando de lado a propriedade dos bens de consumo, de caráter diferente e que não evolui no sentido socialista; b) de que jamais escreveu que a propriedade individual desaparece ou deve desaparecer, mas somente que a noção jurídica sobre a qual descansa a sua proteção passa por uma modificação. A propriedade individual — arremata — persiste protegida contra todos os atentados, inclusive aqueles que provêm do Estado.¹⁰²⁵

¹⁰²³ *Idem*, pp. 178 e 179.

¹⁰²⁴ *Idem, ibidem*, pp. 178, 179, 182, 185, 191, 202 e 208.

¹⁰²⁵ *Idem, ibidem*, pp. 236 e 240-241.

A despeito da beleza plástica do seu pensamento, a teoria de Duguit tem um aspecto de certo modo totalizante em relação ao sujeito. A tese de que o indivíduo não tem direitos subjetivos, ou posições de vantagem em face do Estado e dos particulares, senão a obrigação de fato de cumprir uma determinada função social; de que está sempre sem situações jurídicas objetivas, enquanto tais protegidas pelo direito, é deveras reducionista em relação à pessoa humana e à sua dignidade, que, no limite, não seria quase nada além de uma peça da grande engrenagem social. (Na moderna concepção do Estado de Direito, pela qual se pautam os povos civilizados, ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.)

Trata-se de uma teoria marcadamente sociológica, considerando-se que não estuda a função social — ninguém possuiria direito, senão a obrigação de cumprir o próprio dever, de desempenhar uma função — a partir de fórmulas ou normas jurídicas. A interdependência e a solidariedade social, que imporiam ao homem o cumprimento de funções, conquanto inegáveis na realidade, não são inexoráveis em face da liberdade do homem e, de resto, derivam da análise dos fatos sociais, não da legitimidade da atividade do legislador ou do juiz.¹⁰²⁶

Mas, como as forças concretas, na expressão de Rodotà, produzem, transformam e destroem as formas jurídicas,¹⁰²⁷ o princípio da função social ingressou nas modernas constituições, a despeito de um acentuado grau de indeterminabilidade que trai a sua origem sociológica. Na já referida observação de Franz Wieacker, “toda a ruptura direta da jurisprudência em direção à função social é necessariamente paga com a destruição do sistema, com a reformulação dos conceitos, com o abuso ou abandono dos sistemas construtivos”.¹⁰²⁸

¹⁰²⁶ MORAES, José Diniz de. *A Função Social da Propriedade (e a Constituição brasileira de 1988)*, Brasília Jurídica/Malheiros Editores, 1999, p. 96.

¹⁰²⁷ RODOTÀ, Stefano. *Note Critiche in Tema di Proprietà*, in *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Multa Paucis – AG, Milano, Dott. A. Giuffrè – Editore, 1960, p. 1289.

¹⁰²⁸ WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 627.

3.3.3 Função Social da Propriedade – Recepção Jurídica

Ressaltou-se que a função social da propriedade, não obstante o prestígio constitucional do qual desfruta, não constitui, no rigor dos termos, tema novo, tampouco revolucionário. Mas a sua recepção jurídica não deixa de compor, com certa centralidade, o cenário político do Estado social, tendo em conta que a promessa constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais, passo a passo com as liberdades e garantias individuais, assume uma ressonância política praticamente universal, passando a figurar nas cartas constitucionais do século XX.

“A ideologia do social, traduzida em valores de justiça social e distributiva, passou a dominar o cenário constitucional do século XX.”¹⁰²⁹ Na expressão de Pierangelo Schiera, antes referida, o bem-estar voltou a ser o objetivo mais prestigioso da gestão do poder.¹⁰³⁰ “Exigem-se do Estado medidas de planejamento económico e social, numa intervenção directa e dirigente da economia, um sistema completo de prestações nas várias áreas da vida social”.¹⁰³¹

Mas a abertura do debate sobre a função social da propriedade, no mundo jurídico, foi inaugurado pela Constituição da República Federal da Alemanha de 11 de agosto de 1919, cujo art. 153, alínea 2, “dando expressão a uma ideia ainda informe, mas vigorante no mundo social”,¹⁰³² preceituou, com uma terminologia pioneira, que “a propriedade obriga e deve ser exercida para servir ao bem comum”.

Tratava-se do prenúncio de uma tomada de consciência, de um novo estado de espírito social: com a Constituição de Weimar,¹⁰³³ acentua Paulo Bonavides, os direitos

¹⁰²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil, *in* Revista de Informação Legislativa – Senado Federal, n. 141, janeiro/março – 1999, p. 102.

¹⁰³⁰ SCHIERA, Pierangelo. O Estado Moderno, *in* Dicionário de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Editora UnB, 10ª Edição, p. 431.

¹⁰³¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 58.

¹⁰³² SILVA, Clóvis V. do Couto e. O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro, *in* AJURIS – 40 (Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul), p. 139.

¹⁰³³ O nome, sabe-se, liga-se à cidade de Weimar, na Saxônia, onde a Constituição foi elaborada e votada, no final da primeira guerra mundial. Essa Constituição, apesar do seu breve período de vigência, somente até o início de 1933, deu estrutura elaborada ao Estado da democracia social, tendo, em consequência, influência

fundamentais de segunda geração dominaram todas as constituições do segundo pós-guerra, mesmo passando inicialmente por um período de baixa normatividade e, até mesmo, de eficácia duvidosa.¹⁰³⁴

Editado o célebre preceito da Constituição de Weimar, de que a propriedade obriga, afirma Clovis do Couto e Silva que não foi fácil estabelecer o seu significado, seja porque o direito privado era regido pelo princípio da neutralidade valorativa, fruto de uma excessiva generalização e da perda de conteúdo empírico da noção de propriedade, seja porque o direito constitucional e o direito civil eram considerados territórios autônomos e incomunicáveis, corolário natural da separação entre o Estado e a sociedade, típica da concepção liberal, então dominante.¹⁰³⁵

A unidade jurídica (e sua neutralidade valorativa) de uma propriedade livre de encargos fora obra da revolução de 1798, como resposta à propriedade fundiária feudal, composta de vários “domínios”, e permaneceu até o século XIX, quando a propriedade passou a se vincular valores inscritos nas constituições, adquirindo um acentuado sentido social. Ao se preocupar com a questão social e, mais concretamente, com a relevância constitucional dos problemas sociais, a Constituição de Weimar afasta-se da clássica neutralidade das cartas liberais.

O preceito “a propriedade obriga”, no diagnóstico de Martin Wolff, deveria ser uma diretiva interpretativa para adequar as decisões aos novos tempos e implicava para todo titular de direito subjetivo — e não somente para o titular do direito de propriedade — uma dupla obrigação: “o dever de exercer o direito, se for de interesse público que ela seja exercido e não fique paralisado; e o dever de exercer o direito de uma forma que satisfaça ao aludido interesse público”.¹⁰³⁶ Mais ainda: a expressão “a propriedade obriga” não tem por destino somente a tradicional propriedade fundiária, senão também a moderna propriedade empresarial e industrial, e mesmo a propriedade dos bens de consumo, naquilo

marcante na evolução das instituições políticas do Ocidente. (Cf. Fábio Konder Comparato, in *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, Editora Saraiva, III Edição, pp. 185-189.)

¹⁰³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 19ª Edição, Malheiros Editores, 2006, p. 564.

¹⁰³⁵ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro*, in *AJURIS* – 40 (Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul), p. 139.

¹⁰³⁶ *Idem*, p. 140.

que exceda a essa finalidade, cuidando-se, portanto, de uma expressão sinônima de “o patrimônio obriga”.¹⁰³⁷

A inovação jurídica de que a propriedade traz obrigações ao seu titular, enquadrando-se na categoria dos poderes que se fazem acompanhar de direitos, exibida pela Constituição de Weimar, teve grande ressonância no mundo civilizado e passou a influenciar as constituições dos demais países, o que talvez se explique pela circunstância do ambiente político-ideológico no qual foi elaborada. Era um período da história política no qual a ideia de valor estava muito presente na consciência da humanidade, ainda não refeita do impacto das experiências traumáticas da Primeira Guerra.

Daí decorre o prestígio e a transcendência política da Constituição de Weimar, a qual, diz Jorge Miranda, “pode considerar-se o mais importante texto nessa altura concebido e espelha bem toda a mudança no modo de encarar os problemas políticos, sociais e econômicos do século XIX para o século XX. O seu interesse é múltiplo, quer no plano sistemático quer no da experimentação constitucional; e, por isso, ficaria registrada na história e no direito comparado”.¹⁰³⁸

A despeito da originalidade do seu texto, ao proclamar literal e incisivamente que “a propriedade obriga e deve ser exercida para servir ao bem comum”, a Constituição de Weimar não foi propriamente pioneira na matéria. A Constituição Mexicana de 5 de fevereiro de 1917, ainda no curso da Primeira Guerra, ao cuidar da propriedade das terras, já fizera refletir a tomada de consciência para os direitos sociais e econômicos, na tendência de vincular a propriedade aos valores sociais inscritos nas constituições, ainda que o fato não tenha ensejado a ressonância política que veio a ter na Europa em 1919, a partir da Alemanha.

Com efeito, o seu art. 27, de forma analítica — diversamente do sintetismo candente e impositivo do preceito alemão —, estipulou que “A nação terá a todo tempo o direito de impor à propriedade privada as modalidades que dítem o interesse público, assim como o de regular, em benefício social, o aproveitamento dos elementos naturais suscetíveis de apropriação, com o objetivo de propiciar uma distribuição equitativa da riqueza pública,

¹⁰³⁷ *Idem, ibidem*, p. 140. (Autor faz remissão ao entendimento de Martin Wolff.)

¹⁰³⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Coimbra Editora, Tomo I, 4ª Edição, 1990, p. 206.

cuidar de sua conservação, lograr o desenvolvimento equilibrado do país e o melhoramento das condições de vida da população rural e urbana”.

E prosseguiu o preceito, estabelecendo que se ditariam medidas necessárias para ordenar os assentamentos humanos e estabelecer adequadas previsões, usos, reservas e destinos de terras, águas e bosques, para o efeito de executar obras públicas e de planejar e regular a fundação, conservação, melhoramento e crescimento dos centros populacionais; para preservar e restaurar o equilíbrio ecológico; para o fracionamento dos latifúndios; para dispor, nos termos da lei regulamentar, sobre a organização e exploração coletiva dos logradouros e comunidades; para o desenvolvimento da pequena propriedade agrícola em exploração; e para o fomento da agricultura e para evitar a destruição dos elementos naturais e os danos que a propriedade pode sofrer em prejuízo da sociedade.

Elaborada num clima de aguda efervescência social e política, após a renúncia de Porfírio Diaz, em cujo governo os camponeses estavam virtualmente submetidos à escravidão, pois as suas terras haviam sido entregues aos grandes latifundiários, a Constituição Mexicana, entre outras medidas revolucionárias, revogou as concessões feitas por Porfírio Diaz e subordinou o exercício do direito de propriedade ao interesse público. A nova ordem jurídica preservou o conteúdo das normas assecuratórias do direito de propriedade, mas mudou o seu fundamento de validade, que passou a ser o interesse público.¹⁰³⁹

Mas a consciência dos direitos sociais, refletida na legislação, com sacrifício, de certo modo, da propriedade privada de paradigma individual-absoluto, já registra antecedentes históricos mais distantes. Os franceses, em 1793, persuadidos de que a negligência e o descuido para com os direitos humanos constituíam as únicas causas das desgraças do mundo, decidiram expor, numa declaração solene, para que os cidadãos pudessem fazer o contraste como os atos do governo, que esses direitos eram sagrados e inalienáveis.¹⁰⁴⁰

Esse documento — Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição de 1793 — garante o direito de propriedade, que “pertence a todo cidadão,

¹⁰³⁹ VAZ, Isabel. Op. cit., pp. 78-80.

¹⁰⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, III Edição, Editora Saraiva, 2004, p. 157.

para a fruição e disposição, como ele bem entender, de seus bens, de suas rendas, do fruto do seu trabalho e de sua indústria” (art. 16), mas dispõe que “A assistência pública é uma dívida sagrada. A sociedade deve sustentar os cidadãos desafortunados, dando-lhes trabalho, ou assegurando os meios de subsistência aos que não estejam em condições de trabalhar”. (art. 21).

Vê-se assim que a consciência institucional dos direitos sociais e econômicos já data do século XVIII, não tendo se iniciado no século XX, com a Carta alemã de 1919, cuja opção, embora não tenha sido seguida pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, que não incorporou nenhum elenco sistemático de direitos sociais de segunda dimensão,¹⁰⁴¹ passou a constituir o paradigma sociopolítico dominante da cena constitucional daí em diante.

Não se tratou de fato político isolado. Com a revolução de 1848, na França, pondo fim ao liberalismo clássico, um dos níveis das mudanças institucionais consistiu em incluir, ao lado dos direitos individuais, os direitos sociais e econômicos. Uma das tensões dessa fase política, chamada de “modelo constitucional do liberalismo tardio”, reside precisamente no risco que a criação dos direitos sociais representava para o direito de propriedade.¹⁰⁴²

Mas, a despeito disso, o preâmbulo da Constituição de 1848, na mesma linha do art. 21 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição de 1793, especificou que a República deve proteger os cidadãos em sua pessoa, sua família, sua religião, sua propriedade e seu trabalho e propiciar os meios de subsistência aos cidadãos necessitados, “quer proporcionando-lhes trabalho nos limites dos seus recursos, quer prestando, na falta da família, socorro aos que não estejam em condições de trabalhar”. (item VIII).

De toda forma, a previsão da Constituição de Weimar é que passou à história sociopolítica como o divisor de águas entre as ideologias da propriedade individual-absoluta e da propriedade-função social. Dali é que a ideologia do social, expressa em valores de justiça social e distributiva, expandiu-se para constituições de outras nações,

¹⁰⁴¹ KRELL, Andreas J. Op. cit., p. 45.

¹⁰⁴² CASTRO, Marcus Faro de. Instituições Econômicas: Evolução de seus Elementos Constitucionais na Sociedade de Mercado, *in* Revista de Direito Empresarial, Curitiba, n. 6, julho-dezembro de 2006, p. 46.

entre elas a República Federal da Alemanha, com a Constituição de 6 de abril de 1968 (art. 15), todas estipulando que ninguém pode ser despojado da sua propriedade, ou tê-la limitada nas suas faculdades (uso, fruição e disposição), senão em virtude de motivo de utilidade pública ou de interesse social.

Merece destaque o exemplo da Itália, onde, nas discussões por ocasião da elaboração do Código Civil (1942), a comissão indicada para o anteprojeto propôs para o art. 18 uma redação que previa a função social da propriedade (“A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas de modo exclusivo em conformidade com a função do direito. O proprietário deve observar os limites impostos pela lei e pelos regulamentos e os direitos atinentes a terceiros sobre a mesma coisa.”), mas a ideia, submetida a intensas discussões doutrinárias, até mesmo sobre a (in) conveniência de conter a lei uma definição da propriedade, em face da parêmia *omnis definitio in jure periculosa est*, terminou por não prevalecer.¹⁰⁴³

Mas voltou à discussão, com sucesso, na Constituição da República italiana de 27 de dezembro de 1947, cujo art. 42 assim dispõe:

A propriedade é pública ou privada. Os bens econômicos pertencem ao Estado, ou a entidades, ou a particulares.

A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina os modos de aquisição, de gozo e os limites a que está sujeita, a fim de realizar a sua função social e de torná-la acessível a todos.

A propriedade privada pode ser, nos casos previstos pela lei e salvo indenização, expropriada por motivos de interesse geral.

A lei estabelece as normas e os direitos da sucessão legítima e testamentária, e os direitos do Estado sobre as heranças.

Mas, apesar da fecunda contribuição da doutrina italiana em derredor do tema, inserida a disposição constitucional sobre a propriedade no capítulo das relações

¹⁰⁴³ MACHADO, Hermano Augusto Palmeira. A função e a tipificação no direito de propriedade, *in* Revereor – Estudos Jurídicos em Homenagem à Faculdade de Direito da Bahia, 1891 – 1981, Editora Sarviva, 1981, pp. 242-244 e 246. Dispôs o Codice Civile, a final, no art. 842 (Contenuto del diritto), que “Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l’osservanza degli obblighi stabili dal l’ordinamento giuridico.”

econômicas — e não no dos direitos individuais —, ganha expressão ali, em torno do instituto, não o perfil naturalista que privilegia a pessoa e o desenvolvimento da sua personalidade, senão o perfil econômico. “A utilidade e a função social representam a causa justificadora da tutela constitucional atribuída à propriedade e à iniciativa privada e os critérios que determinam a extensão e os limites de tal tutela.”¹⁰⁴⁴

O regime fascista, buscando dar uma resposta à questão social dentro da concepção do regime capitalista, ainda que sujeita ao enquadramento de uma organização corporativa, viu na função social da propriedade uma fórmula atraente e sugestiva. Mas, paradoxalmente, a função social da propriedade, que modernamente tem um sentido humanizador da propriedade, ali se tornou um instrumento de intervencionismo econômico estatal, posto que preenchida com os fins de política econômica e social definidos pelo governo mediante uma estrutura corporativa.¹⁰⁴⁵

Por último, um *flash* sobre Portugal, cuja Constituição de 2 de abril de 1976 não faz referência nominal à função social da propriedade, mas ergue como um dos pilares da sua organização econômica a “subordinação do poder econômico ao poder político democrático” (art. 80º, a). O preceito, na expressão de Canotilho e Vital Moreira, trata “da aplicação ao campo económico do princípio constitucional vertido no art. 2º da CRP, ou seja, do Estado de direito democrático comprometido na ‘realização da democracia económica e social’ (Estado social)”.¹⁰⁴⁶

3.3.4 Função Social da Propriedade – Reflexões Estratégicas. Noção de Propriedade.

Propriedade e Domínio. Propriedade e Propriedades

Raiaria pelo atrevimento, em face da antiguidade milenar da propriedade, instituição sobre a qual está e sempre esteve erguida toda a estrutura social e sobre a qual todas as

¹⁰⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. Função Social da Propriedade (Direito Econômico), in Enciclopédia Saraiva do Direito – Coordenação do Prof. R. Limongi França –, Volume 39, p. 22. (O autor faz referência à expressão de Giovanni Coco, in Crise ed evoluzione nel diritto de proprietà, Milano Guiffre, 1965, p. 157)

¹⁰⁴⁵ MACHADO, Hermano Augusto Palmeira. Op. cit., p. 241.

¹⁰⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa – Anotada, 1ª Edição brasileira e 4ª Edição portuguesa, Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2007, p. 956.

noções já estariam de há muito em circulação, perquirir ainda o que é propriedade, ou mesmo conceituá-la com algum laivo de novidade, sabendo-se da vastidão da literatura jurídica, clássica e moderna, e mesmo não jurídica, sobre a matéria, sem falar, por outro lado, na advertência da doutrina de que a propriedade é uma instituição cuja noção é infusa em todos os homens.¹⁰⁴⁷

Não é isso, em verdade, o que se pretende. Não se busca trazer novidade no conceito de propriedade, senão tematizá-lo numa moldura de maior completude, resgatando com maior nitidez a sua identidade clássica, que de certo modo, no painel contemporâneo, passou a ser encoberta por camadas de tintas de outras cores, entre elas e sobretudo o prestígio psicológico da ideia de propriedade fundiária, a ponto de falar-se, em relação aos regimes modernos de pertinência econômica, de propriedades, no plural, em decorrência de uma suposta fratura do conceito unitário de propriedade.

Procura-se fazer como que uma operação de limpeza estratégica na tela proprietária, com a remoção (e subsequente reposição) de camadas conceituais que turvam a compreensão com completude da noção do instituto, o que se faz necessário, em primeiro, pela dificuldade adicional de que a noção de propriedade não é resolvida somente na apropriação individual, senão também em uma apropriação de conteúdos particularmente potestativos,¹⁰⁴⁸ e porque a realidade jurídica não se deixa enquadrar docilmente nos esquemas usuais.¹⁰⁴⁹ E, em segundo, para que, a partir de um ângulo de visão que divise a plenitude da sua estrutura conceitual, se possa com maior clareza e proveito estudar e entender o significado da função social da propriedade no cenário jurídico-constitucional brasileiro.

A oportunidade da reflexão estratégica salta à vista com o exame de duas passagens doutrinárias (já mencionadas) a respeito da função social da propriedade, entre numerosas outras da mesma similitude. Na primeira, assevera-se que a propriedade dotada de função social é distinta da propriedade dotada de função individual; que esta sempre foi justificada

¹⁰⁴⁷ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil – Direito das Coisas. 4ª Edição, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1996, p. 280.

¹⁰⁴⁸ GROSSI, Paolo. História da Propriedade e Outros Ensaios, tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca, Livraria e Editora Renovar Ltda., 2006, p. 11.

¹⁰⁴⁹ RODOTÀ, Stefano. Note Critiche in Tema di Proprietà, in Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Multa Paucis – AG, Milano, Dott. A. Giuffrè – Editore, 1960, p. 1331.

como um meio de proteção do indivíduo e de sua família em face das necessidades materiais, como forma de garantia da própria subsistência; e que, na civilização contemporânea, a propriedade privada não é mais o único nem o melhor meio de garantir a subsistência individual ou familiar, despontando no seu lugar, cada vez mais, “a garantia de emprego e de salário justo e as prestações sociais devidas ou garantidas pelo Estado, como a previdência contra os riscos sociais, a educação e a formação profissional, a habitação, o transporte e o lazer”.¹⁰⁵⁰

Na segunda, destaca-se que a função social da propriedade modela o estatuto proprietário em toda a sua essência, consubstanciando, segundo se tem afirmado, o título justificativo, uma espécie de causa última de atribuição dos poderes ao titular, proposição em cuja esteira se sentencia que a propriedade que não se conforma aos interesses sociais relevantes não é digna de tutela como tal.¹⁰⁵¹

As afirmativas não estão incorretas, mas não dizem tudo, podendo causar problemas de administração conceitual. Como *minus dictum* (não expressado, mas cogitado), traem a ideia, incorreta, de que a propriedade é somente a corpórea, que tem por objeto coisas tangíveis. Revelam um certo desvio de noção ampla de propriedade, como sinônimo de patrimônio, complexo dos direitos reais e obrigacionais, passando, consciente ou inconscientemente, a ideia incorreta de que propriedade é o mesmo que propriedade corpórea, sobretudo fundiária.

Todas as titularidades patrimoniais, todos os direitos obrigacionais de caráter econômico — lembre-se a riqueza mobiliária, que deu margem ao sistema de crédito e alavancou a moderna economia monetária capitalista — são também formas de propriedade. Salário, justo ou injusto, e prestações sociais devidas ou garantidas pelo Estado são formas de crédito e, portanto, manifestações da propriedade, não representando uma mensagem completa afirmar que, na civilização contemporânea, a propriedade privada não é mais o único nem o melhor meio de garantir a subsistência individual ou familiar.

¹⁰⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. “Função Social da Propriedade dos Bens de Produção”, in *Revista de Direito Mercantil (Industrial, Econômico e Financeiro)*, Ano XXV, n. 63 (pp. 71/79), julho/setembro de 1986, p. 73.

¹⁰⁵¹ TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro, in *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, n. 6, julho/2005, p. 106.

Surgem naturalmente dificuldades conceituais. Na propriedade de um bem corpóreo, as faculdades de uso, fruição e disposição são exercidas diretamente, sem a intermediação de outrem. Mostram-se à luz do dia e não deixam nenhuma dúvida a respeito da sua eficácia *erga omnes*. Já o mesmo não acontece com os direitos de crédito, que, conquanto titularidades patrimoniais, originam somente uma pretensão positiva a cargo de um sujeito determinado.¹⁰⁵²

Mas, embora as faculdades do *ius utendi*, do *ius fruendi* e do *ius abutendi* sejam mais próprias e específicas da propriedade direito real, designadamente do domínio ou propriedade corpórea, em torno da qual foram construídas e têm um perfil definido dogmaticamente, elas não deixam de operar por extensão (ainda que sem a mesma plenitude) ou em sentido figurado na propriedade direito pessoal, à imagem e semelhança das coisas materiais.

O titular de um ativo financeiro, *v.g.*, pode aplicá-lo e com isso gerar frutos (*ius fruendi*); o titular de um crédito pode cedê-lo de forma gratuita ou onerosa (*ius abutendi*). O *ius abutendi* envolve tanto a disposição material da coisa, com a sua destruição física (*v.g.*, no uso não repetível de uma coisa consumível), como a sua disposição jurídica, expressa no poder de alienação (*ius disponendi*). Até mesmo o *ius utendi*, pelo qual a coisa é posta a serviço do proprietário, sem modificação da sua substância, pode ter aplicação na propriedade imaterial: o titular de um programa de computador, ou dos direitos autorais de uma música, pode deles fazer uso.

A qualidade de ser exclusivo, afastando os demais pretendentes, que constitui a essência do domínio, alcança a propriedade direito real e direito pessoal. A propósito, ressalta Clóvis Beviláqua que o Código Civil (1916) deixou de aludir ao conteúdo negativo da propriedade, expresso na exclusão de qualquer pessoa, por não se tratar de um aspecto distintivo da relação jurídica proprietária. É que, arremata, “todo direito, como poder de ação, é exclusivo dentro da sua esfera”.¹⁰⁵³

¹⁰⁵² COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários) do Conselho da Justiça Federal, Volume 1, Número 3, dezembro/1997, p. 95.

¹⁰⁵³ BEVILAQUA, Clóvis, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (comentado). Edição histórica, Editora Rio, 1975, p. 1005.

Não é de olvidar-se, ainda, por oportuno, que um contrato, no qual se origina uma pretensão obrigacional redutível a dinheiro — a patrimonialidade, como já visto, constitui uma característica tendencial da obrigação —, produz efeitos internos restritos às partes, mas os efeitos externos, enquanto titularidades patrimoniais que compõem o ativo do credor, constituem fatos jurídicos que se inserem no sistema econômico e, portanto, são oponíveis a todos. “A existência de um contrato é um fato que não pode ser indiferente a outras pessoas, às quais se torna oponível”.¹⁰⁵⁴

No outro exemplo, a afirmação de que a propriedade que não se conforma aos interesses sociais relevantes não é digna de tutela como tal também não diz tudo. A sentença, para ser verdadeira *in totum*, teria de levar à conclusão de que a propriedade que não se conformasse aos interesses sociais deveria ser confiscada; nunca desapropriada pelo justo preço — exata reposição patrimonial, posto ser a desapropriação, como operação branca, um mecanismo de mutação patrimonial que não empobrece nem enriquece o desapropriado —, lembrando-se, em alto e bom som, que o desapropriado, ressalvada a hipótese de confisco de glebas com culturas ilegais de plantas psicotrópicas,¹⁰⁵⁵ verdadeiramente não perde a propriedade desapropriada. Ele continua titular [*rectius*, proprietário] dos valores patrimoniais recebidos com a indenização.

Há quem afirme que é antijurídico atribuir ao desapropriado cuja propriedade não cumpre a sua função social uma indenização completa, correspondente ao valor de mercado do imóvel e mais os juros compensatórios, e que a Constituição não fala em indenização pelo valor de mercado, senão em justa indenização, que deveria ser submetida a uma regra de proporcionalidade que permitisse ao juiz ajustar a indenização às circunstâncias de cada caso, para não pagar integralmente o valor do imóvel àquele que descumpre o dever fundamental de utilizá-lo pelos ditames da sua função social.¹⁰⁵⁶ Mas a tese não tem base jurídica sustentável na Constituição.

¹⁰⁵⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*, Forense, 17ª Edição (atualizada por Humberto Theodoro Júnior), 1997, p. 43.

¹⁰⁵⁵ “As glebas de qualquer região do País onde foram localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.” (art. 243 – CF).

¹⁰⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade*. Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários) do Conselho da Justiça Federal, Volume 1, Número 3, dezembro/1997, p.97.

O direito de propriedade é garantido pela Constituição, que chega mesmo a falar em inviolabilidade.¹⁰⁵⁷ Não há falar-se, por conseguinte, que a desapropriação do imóvel que, v.g., não cumpra a sua função social, fulmine o direito de propriedade. Dá-se, sim, uma limitação (ou, se for melhor, um impedimento) ao seu exercício como propriedade imóvel, a fim de que o bem receba uma destinação mais útil à comunidade.¹⁰⁵⁸ O proprietário deixa de ter no seu ativo patrimonial um bem imóvel, mas terá garantidos, no seu lugar, com exatidão, os valores financeiros decorrentes da justa indenização. Não se descaracteriza nem se perde a propriedade como direito subjetivo.

Retorne-se à ideia de resgate, com maior nitidez, da identidade da noção de propriedade, com o apoio da doutrina clássica. O conceito de propriedade, de sentido predominantemente objetivo, tem natureza econômico-jurídica e expressa uma relação de vinculação, uma relação de pertinência entre a coisa e a pessoa, sendo mais amplo que o de domínio, posto que abarca também os bens incorpóreos. O de domínio, de sentido predominantemente subjetivo, implica o poder, a dominação que sobre a coisa tem o titular.¹⁰⁵⁹

Propriedade é uma relação de pertinência entre a coisa e a pessoa, que ocorre em todas as situações jurídicas patrimoniais, seja de dimensão tangível, seja de dimensão imaterial ou incorpórea. Propriedade “É um estado de sujeição de uma *res* à potestade da autonomia privada e, mais precisamente, à esfera dela constituída por poderes dispositivos de alienação ou de aquisição, mas também constitutivos de relações reais e obrigacionais”.¹⁰⁶⁰

¹⁰⁵⁷ Confira-se o artigo 5º, caput. e inciso XXII.

¹⁰⁵⁸ ARAÚJO, Telga de. Op. cit., p. 7.

¹⁰⁵⁹ TOBEÑAS, Jose Castan. Derecho Civil Español Comum y Foral, 10ª Edição, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1964, II, pp. 64-65.

¹⁰⁶⁰ RODOTÀ, Stefano. Note Critiche in Tema di Proprietà, in Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Multa Paucis – AG, Milano, Dott. A. Giuffrè – Editore, 1960, pp. 1331-1332. (Rodotà cita o conceito de Salvatore Romano, in Sulla nozione di proprietà, p. 349.)

O prestígio religioso,¹⁰⁶¹ histórico, político, econômico, ideológico e social da propriedade fundiária, fonte de poder pessoal e político em largas quadras da história, nas quais as coisas móveis (*res mobilis*) eram consideradas vis, porque a sua propriedade não tinha aptidão para dar *status* e poder político, diversamente do que ocorria com a propriedade dos bens de raiz, quiçá tenha levado, numa indevida metonímia, a que o imaginário coletivo e, por ato falho, o jurídico, tenha tomado a parte pelo todo. O prestígio psicológico inconstrastado da propriedade fundiária levou a que passasse a ser sinônimo de propriedade.

Indica-se como base dessa concepção a célebre classificação dos bens em móveis e imóveis, reflexo da organização política da Europa até a queda do Império Romano do Ocidente, tida como a mais importante no mundo jurídico, mas que perdeu altitude no sistema capitalista, no qual a riqueza mobiliária “constituída pela propriedade de moedas e metais preciosos, serviu de base à instauração do sistema de crédito que, em pouco tempo, avassalou a economia rural e até mesmo o funcionamento da organização estatal ainda incipiente”.¹⁰⁶²

A ideia de propriedade é mais ampla, compreendendo a universalidade dos objetos exteriores, corpóreos ou incorpóreos, que, redutíveis ao denominador comum moeda, constituem o patrimônio de cada qual. Propriedade não é sinônimo de propriedade corpórea, sobretudo fundiária ou imóvel, segundo deixam antever muitas preleções doutrinárias que, mesmo corretas, contêm um *minus dictum*. Embora esse seja o tirocínio tradicional,¹⁰⁶³ o objeto da propriedade, no seu prisma geral, não se limita aos bens corpóreos.

Em sentido amplíssimo, ensina Pontes de Miranda, e esse é o sentido de propriedade no art. 5º, XII, da Constituição de 1988, o conceito de propriedade desborda do direito das

¹⁰⁶¹ Na antiguidade clássica, como já foi visto com base em Fustel de Coulanges, a ideia de propriedade é intimamente ligada à religião, ao culto de um deus-lar, que, de posse de um solo, não podia ser desalojado. “O solo é sagrado, divinizado; ele é a sede de forças sobrenaturais. Um laço místico, por vezes materializado por um altar, existe entre os homens e os espíritos da terra, e também com os mortos, os antepassados enterrados neste solo.” (Cf. John Gilissen, Introdução Histórica ao Direito, 4ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, pp. 44-45.)

¹⁰⁶² COMPARATO, Fábio Konder. “Função Social da Propriedade dos Bens de Produção”, in Revista de Direito Mercantil (Industrial, Econômico e Financeiro), Ano XXV, n. 63 (pp. 71/79), julho/setembro de 1986, p. 72.

¹⁰⁶³ GOMES, Orlando. Direitos Reais, Editora Forense, 19ª Edição (atualizada pelo Prof. Luiz Edson Fachin), 2006, p. 112.

coisas, abrangendo o domínio ou qualquer outro direito patrimonial, inclusive o direito de crédito. “Em sentido amplo, propriedade é todo direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas” (...). “Em sentido quase coincidente, é todo direito sobre as coisas corpóreas e a propriedade literária, científica, artística e industrial. Em sentido estritíssimo, é só o domínio.”¹⁰⁶⁴

Em estudo clássico sobre o objeto do direito de propriedade, referido ao Código Civil português, de todo aplicável na moldura civilística brasileira, destaca Cunha Gonçalves que o mais importante dos seus objetos é a terra, tida como instrumento de produção e, portanto, como a principal das riquezas, a ponto de, em discussão sobre a propriedade da terra, usar-se somente a expressão “propriedade”, o que passa a ser fonte de confusão de ideias. E prossegue:

A propriedade pode recair, também, sobre certas coisas incorpóreas, quer *materializadas* ou *incorporadas*, quer rigorosamente *intelectuais* ou *imaginárias*. Num sentido amplíssimo do conceito de propriedade pode dizer-se que esta tem por objecto todo o valor econômico susceptível de ser transmitido a outrem e quando o direito nêle exercido possa ser invocado *erga omnes*. Assim, o credor é proprietário do seu crédito; o herdeiro é proprietário do direito à sucessão. Não é, por isso, de aceitar a doutrina que limita o objecto da propriedade às coisas corpóreas, e só como metáfora admite que se fale de propriedade de coisas incorpóreas.¹⁰⁶⁵

Enfatizando que o objeto da propriedade não é definido em termos incontroversos, afirma Orlando Gomes que o fenômeno da propriedade incorpórea é explicado como um reflexo do valor psicológico da ideia de propriedade, e que esses direitos novos — os direitos autorais, como produções do espírito humano —, embora ostentem semelhanças com o direito de propriedade, exclusivos e absolutos que também o são, com ela não se confundem, podendo enquadrar-se no máximo como uma categoria à parte, que denomina de quase-propriedade. E destaca: “O objeto do direito de propriedade há de ser coisa

¹⁰⁶⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado, Editora Bookseller, atualizado por Wilson Rodrigues Alves, Tomo 11, p. 37.

¹⁰⁶⁵ GONÇALVES, Luiz da Cunha. Tratado de Direito Civil – em comentário ao Código Civil português –, 1ª Edição brasileira, Max Limonad, Volume XI, Tomo I, p. 243.

especificamente determinada. Não há propriedade de um patrimônio considerado em sua unidade. Nas universalidades de fatos, a propriedade recai em cada um dos bens que as compõem”.¹⁰⁶⁶

Não havendo possibilidade de fugir da lógica dos fatos, sobretudo daqueles que vêm sob a égide dos processos econômicos, tem-se chamado de democratização da propriedade a tendência de submeter ao regime da propriedade certos valores econômicos, mesmo não tecnicamente suscetíveis de domínio. Seriam situações de quase-propriedade, expressas, *v.g.*, nos direitos do autor, nas patentes de invenção, nas marcas de fábrica, no direito ao emprego, situações jurídicas às quais se emprestaria o prestígio psicológico social da propriedade.¹⁰⁶⁷ Mas, bem feitas as contas, não seria necessário o recurso à figura da quase-propriedade para admitir-se, sob o foco da noção ampla do instituto, que o objeto da propriedade seja também constituído de coisas imateriais.

A problemática não deixa de constituir reflexo de uma dificuldade maior na civilística, sempre envolta em obscuridade, que reside no embate das teorias realista e personalista quanto à distinção dos direitos reais e dos direitos pessoais. A teoria realista, é sabido, caracteriza o direito real como um poder direto e imediato sobre a coisa, com eficácia em face de todos, enquanto o direito pessoal, diversamente, seria oponível somente em face de pessoa determinada na estrutura interna da relação jurídica.

Em face da dificuldade de se admitir uma relação jurídica entre a pessoa e a coisa (a premissa kantiana é a de que direito é sempre relacional), e mesmo em se considerando que a oponibilidade *erga omnes* não constitui monopólio dos direitos reais, estendendo-se a todos os direitos absolutos (“todo direito, como poder de ação, é exclusivo dentro da sua esfera”),¹⁰⁶⁸ a teoria personalista constrói a ideia de que os direitos reais, mesmo referidos a coisas, não deixam de configurar relações jurídicas entre pessoas, à imagem dos direitos pessoais. A diferença, marcante da distinção, é que isso se dá entre as pessoas, mas por

¹⁰⁶⁶ GOMES, Orlando. Direitos Reais, Editora Forense, 19ª Edição (atualizada pelo Prof. Luiz Edson Fachin), 2006, p. 112.

¹⁰⁶⁷ GOMES, Orlando. Direitos Reais, Tomo 1, Forense, 3ª Edição, 1969, pp. 121-122. (Justifica-se a citação da mesma obra, em edição diferente, considerando que a edição de 1969, em dois volumes — diferentemente das edições seguintes, nas quais a obra aparece em um único volume —, contém capítulo intitulado Transformações Gerais da Propriedade, no qual se insere a citação, capítulo não mais existente nas edições seguintes.)

¹⁰⁶⁸ BEVILAQUA, Clóvis, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (comentado). Edição histórica, Editora Rio, 1975, p. 1005.

meio das coisas: nos direitos pessoais, o sujeito passivo é certo e identificado; nos direitos reais, indeterminado (o chamado sujeito passivo universal), que resulta individualizado quando alguém o viola.

O direito sobre uma coisa, na expressão de Kelsen, é um direito em face das pessoas. Quando se define o direito real como um direito sobre uma coisa, o direito do titular de dispor por qualquer forma de uma coisa determinada, perde-se de vista “que aquele direito apenas consiste em que os outros indivíduos são juridicamente obrigados a suportar esta disposição, quer dizer: não impedir ou por qualquer forma dificultar; e que, portanto, o *jus in rem* é também um *jus in personam*”.¹⁰⁶⁹ O que avulta é a relação entre os indivíduos, a qual também nos direitos reais consiste no dever de uma determinada conduta em face de uma pessoa determinada. A relação com a coisa é de secundária importância, servindo somente para determinar com mais rigor a relação primária, estabelecida sempre entre pessoas.¹⁰⁷⁰

A polêmica das duas teorias já não oferece tanta dificuldade operacional na dinâmica patrimonial contemporânea, tendo em vista que a atenção dos adeptos da teoria clássica modernamente centram a sua atenção menos na manifestação externa do direito real (oponibilidade *erga omnes*) e mais na sua estrutura interna, no seu modo de exercício, critério sob o qual o direito real se caracteriza e se distingue do direito pessoal pelo fato de ser exercido diretamente pelo titular, sem o concurso da atividade de quem quer que seja, ditada pela estrutura da relação jurídica, enquanto o direito pessoal exige e demanda a interposição de um sujeito obrigado, necessariamente.¹⁰⁷¹

Mas, de toda forma, se a teoria realista caracteriza o direito real como um poder direto e imediato sobre a coisa, com eficácia em face de todos, revela-se tributária dessa concepção a ideia, de certo modo indelével na mente jurídica ocidental, mas que encerra grandes dificuldades conceituais, se não incorreções técnicas, de que a propriedade, o direito real mais proeminente, deve ter por objeto necessariamente uma coisa corpórea determinada.

¹⁰⁶⁹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, Martins Fontes, São Paulo, 2006 (tradução de João Bábista Machado), p. 145.

¹⁰⁷⁰ *Idem*, p.146.

¹⁰⁷¹ GOMES, Orlando. Direitos Reais, Editora Forense, 19ª Edição (atualizada pelo Prof. Luiz Edson Fachin), 2006, p. 2.

A noção moderna de propriedade ligada ao advento do capitalismo, que desatrelou o fenômeno da propriedade como um item no plano das relações essencialmente políticas e cortou as amarras das restrições morais à aquisição ilimitada, trouxe ao mundo social o conceito de riqueza sobretudo monetária e mobiliária, e não essencialmente imobiliário-fundiária, como estava ligada à tradição. Os processos econômicos, complexos e dinâmicos, cifrados sobretudo na economia monetária, superaram em importância as relações políticas entre as pessoas, ligadas à noção antiga de propriedade, pela qual o homem ganhava autonomia para desenvolver na sua comunidade uma vida cívica virtuosa.¹⁰⁷²

Propriedade vem do latim *proprietas, atis* (derivado de *proprius, a, um* – próprio, que é de propriedade de, que pertence a alguém): propriedade, qualidade própria, caráter particular, próprio. Ter propriedade é ter o direito de possuir alguma coisa, independentemente da sua posse efetiva. (A posse, como estado de fato, pode existir dissociada da respectiva legitimidade.) Propriedade, como ensina Teixeira de Freitas, não se resume aos objetos corpóreos — propriedade corpórea —, como está no hábito de linguagem.¹⁰⁷³

Propriedade, no gênero, abarca o complexo dos direitos pessoais (*obligationes*) e dos direitos reais (*jura in re*), constituindo o que os alemães chamam de teoria do patrimônio, ou direitos patrimoniais. Compreende a universalidade dos objetos exteriores, corpóreos e incorpóreos, que constituem a fortuna do patrimônio de uma pessoa. Dela fazem parte tanto as coisas materiais, que pertencem ao titular de forma mais ou menos completa e submissa a uma apreensão física, como também os fatos e prestações a cargo dos devedores, que, à imagem e semelhança das coisas materiais (propriedade corpórea), têm valor que pode ser representado em dinheiro.¹⁰⁷⁴

O uso do termo *propriedade* fora do seu sentido técnico — relação de pertinência entre a coisa (tudo aquilo que, material ou imaterial, tem aptidão para ser objeto de relação

¹⁰⁷² POCOCK, John Greville Agard. *Virtue, Commerce, and History: Essays on Political Thought and History Chiefly in The Eighteenth*, Cambridge University Press, 1985 (Ideas in context), pp. 103 e 104.

¹⁰⁷³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*, 3ª Edição – 1876, Volume 1, reimpressão fac-similar do Senado Federal, Brasília – maio de 2003, Edição fac-similar do Senado Federal, maio/2003, Introdução, pp. LXIX-LXXI.

¹⁰⁷⁴ *Idem*, pp. LXIX e LXX, nota 73.

jurídica) e a pessoa —, passando apenas a ideia de propriedade corpórea, sobretudo a imobiliária, enquanto direito real, decorre, por outro lado, do uso atécnico dos termos *domínio* e *propriedade*, como se sinônimos fossem, pela doutrina¹⁰⁷⁵ e pela jurisprudência, e mesmo pelo Código Civil de 1916.¹⁰⁷⁶

Ressalte-se, entretanto, que o Código de 1916, expressando a noção técnica genérica de propriedade, encerrava um capítulo sobre a “propriedade literária, científica e artística.”¹⁰⁷⁷ O seu projeto revisto tratava também de outras formas de propriedade intelectual, como as marcas de fábrica e as patentes de invenção, porém o Congresso entendeu que tais matérias melhor se enquadrariam em leis especiais, ou no direito comercial, e suprimiu as respectivas seções.¹⁰⁷⁸

Em escólios sobre a matéria, Clovis Bevilacqua põe em destaque o debate a respeito da natureza exata dos direitos autorais, afirmando que há muito eles constituem uma forma especial de propriedade, a propriedade imaterial ou intelectual (Ahrens, Jhering, Kohler, Dernburg), opção assumida pela codificação, mesmo como uma forma menos plena de propriedade — por razões de ordem prática e por uma certa obscuridade de ideias naquela fase evolucionar. Mas deixa claro que, entre os juristas modernos, Kohler foi quem melhor tratou da propriedade imaterial e, num resumo da construção teórica desse autor, consigna que o direito sobre os bens imateriais “é positivo como a propriedade: é um direito de gozo, não um simples direito proibitivo. É absoluto, no sentido de que é uma relação imediata entre uma pessoa e um bem jurídico”.¹⁰⁷⁹

¹⁰⁷⁵ BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*, Editora Saraiva, 2ª Edição, 1996, p. 12.

¹⁰⁷⁶ O art. 524, que inaugura o Título “Da Propriedade”, afirma que “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.” Logo adiante, o art. 527 afirma que “O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário.” Depois, quando trata da transcrição como modo de adquirir, afirma o art. 533 que “Os atos sujeitos à transcrição (artigos 531 e 532, II e III) não transferem o domínio, senão da data em que lhe transcreverem (artigos 856 e 860, parágrafo único).” O termo “domínio”, nos dois artigos, quer dizer propriedade, que, nos dizeres do art. 524, é o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua. Por sua vez, o art. 674, ao enumerar o elenco dos direitos reais, afirma que “São direitos reais, além da propriedade.”, como se a propriedade não existisse também sob a forma de direitos obrigacionais. Já o art. 677, de modo inconsciente, afirma que “Os direitos reais passam com o imóvel para o domínio do adquirente.”

¹⁰⁷⁷ Confirmam-se os artigos 649 a 673, revogados pela Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que passou a cuidar dos direitos autorais.

¹⁰⁷⁸ BEVILAQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (comentado)*. Edição histórica, Editora Rio, 1975, p. 1117.

¹⁰⁷⁹ *Idem*, pp. 1114, 1115 e 1116.

O Código Civil de 2002, mais preciso na terminologia, evita o uso indistinto do termo *domínio* em lugar de propriedade.¹⁰⁸⁰ Porém, ao cuidar dos bens públicos, volta a falar de domínio (art. 98), embora, ao tratar da hipoteca, faça uso do termo *domínio* de forma técnica (art. 1.473, II e III). Mas, numa recaída inconsciente, ao enumerar os direitos reais, afirma que o primeiro deles é a propriedade (art. 1.225, I), propiciando a ilação indevida de que a propriedade é sempre um direito real.

O termo *domínio*, do latim *dominium*, *ii* (derivado de *dominus*, *i* – senhor, dono da casa), tem o significado de senhorio, de dominação ou poder sobre as coisas, de uma soberania individual sobre a coisa. “Os objectos incorpóreos, que são apreciáveis pelo denominador *commum* — moeda —, fazem parte do nosso patrimonio, mas não estão sob nosso dominio, não são susceptíveis de posse, nem dos efeitos do direito real”. Domínio é expressão que traduz a ideia de “soma de todos os direitos possíveis, que pertencem ao proprietário sobre sua coisa, quaes os da posse, uso, gozo e livre disposição”.¹⁰⁸¹

Conquanto para alguns a distinção entre propriedade e domínio careça de apoio na tradição romana, sem nenhum subsídio no tecnicismo do código civil,¹⁰⁸² o fato é que a primeira tem sentido genérico, expressando toda relação de pertinência do homem com a natureza e todo o poder sobre ela, e, o segundo, um sentido específico, o poder pleno de uma pessoa sobre uma coisa do mundo exterior. “O acto pelo qual o homem subordina o fim das cousas ao seu, ou estabelece o seu imperio exclusivo e absoluto sobre ellas, é o que se denomina *appropriação*, e o direito que sobre ellas adquire — propriedade.”¹⁰⁸³

Ainda na lição de Teixeira de Freitas, a noção de direitos reais está para a ideia geral de propriedade como a parte está para o todo. A propriedade abrange os direitos reais e a maior parte dos direitos pessoais. Os objetos incorpóreos apreciáveis pela moeda,

¹⁰⁸⁰ Confirmam-se, . v.g., os artigos 1.231, 1.238, 1.239 e 1.245.

¹⁰⁸¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis, 3ª Edição – 1876, Volume 1, reimpressão fac-similar do Senado Federal, Brasília – maio de 2003, Introdução, pp. LXXI e LXXX.

¹⁰⁸² LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil – Direito das Coisas. 4ª Edição, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1996, p. 282.

¹⁰⁸³ RIBAS, Antonio Joaquim. Curso de Direito Civil Brasileiro, Volume I, História do Direito Brasileiro, Obra fac-similar, Senado Federal, Brasília junho/2003, p. 325.

denominador comum, fazem parte do patrimônio, mas não estão sob o domínio do titular, insuscetíveis que são de posse, dos efeitos do direito real.¹⁰⁸⁴

Na reflexão de Pontes de Miranda, “o patrimônio é coextensivo às propriedades de alguém, quer se trate de direitos reais, quer de direitos pessoais. O domínio, não. Não há domínio de direitos pessoais. Já aí intervém o conceito de corporiedade; não se fala do domínio dos direitos oriundos do contrato de locação de serviços ou de empréstimo.” (...) “As vezes, a palavra ‘propriedade’ é usada em lugar de ‘domínio’ (...) porém há-se de advertir em que o sentido deixou de ser o próprio, para ser o restrito”.¹⁰⁸⁵

Diz-se da propriedade, em sentido lato, “o que faz parte da nossa fortuna, ou patrimônio: tudo o que nos pertence, seja corpóreo, ou incorpóreo. No sentido estrito, diz-se propriedade (dominium) o direito de usar e dispor de uma coisa livremente, com exclusão dos outros”.¹⁰⁸⁶ Clóvis Bevilacqua, após enfatizar que economicamente a propriedade é a utilização das forças naturais e físicas para satisfação das necessidades humanas, afirma que juridicamente ela é “o poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da vida psíquica e moral.”¹⁰⁸⁷

A essa compreensão clássica filia-se também Lafayette Rodrigues Pereira, nestes incisivos termos:

O direito de propriedade, em sentido genérico, abrange todos os direitos que formam o nosso patrimônio, isto é, todos os direitos que podem ser reduzidos a valor pecuniário. Mas, ordinariamente, o direito de propriedade é tomado em sentido mais restrito, como compreendendo tão somente o direito que tem por objeto direto ou imediato as coisas corpóreas. Nesta acepção se lhe dá mais geralmente o nome do domínio, consagrado por monumentos legislativos antiquíssimos e de significação mais espiritual e característica.¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis, 3ª Edição – 1876, Volume 1, reimpressão fac-similar do Senado Federal, Brasília – maio de 2003, Introdução, pp. LXX e LXXI.

¹⁰⁸⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado, Editora Bookseller, atualizado por Wilson Rodrigues Alves, Tomo 11, pp. 59 e 60.

¹⁰⁸⁶ ROCHA, Manuel Antonio Coelho da. Instituições de Direito Civil (Clássicos do Direito Brasileiro), Tomo II, Saraiva, 1984, p. 238 (§ 401).

¹⁰⁸⁷ BEVILAQUA, Clóvis. Direito das Coisas, Volume I, História do Direito Brasileiro, Senado Federal, Obra fac-similar, agosto/2003, p. 127.

¹⁰⁸⁸ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das Coisas, Volume I, História do Direito Brasileiro, Obra fac-similar, Senado Federal, Brasília fevereiro/2004, pp. 97 – 98.

A noção genérica de propriedade, compreendendo todos os direitos que podem ser reduzidos a valor pecuniário, é anterior ao Code Napoléon. Na expressão de Bartolomé Clavero, o modelo revolucionário de propriedade não libertou nem recuperou o conceito de direito de propriedade no singular. A propriedade direito de defesa é filha diletta da revolução. Antes dela havia somente domínio e, ademais, no plural, direito dominical na própria coisa, que poderia ser qualquer renda durável gerada pelo imóvel.¹⁰⁸⁹

Numa reação ao feudalismo, a Revolução Francesa libertou o solo dos vários encargos e ônus — tenências, censos, feudos, servidões, banalidades¹⁰⁹⁰ — que sobre ele pesavam, gerando rendas fundiárias para o senhor feudal, titular do domínio útil. Foi restabelecida a propriedade plena, livre e individual que o direito romano havia concebido,¹⁰⁹¹ mas isso não implica, antes pressupõe, a concepção genérica de propriedade que a antecede.

Refletindo sobre a complexa história das propriedades e sobre o seu resgate jurídico pelas cartas constitucionais do século XVIII e pelos códigos do século XIX, observa Paolo Grossi que a ordem fundiária, em um determinado momento histórico, é mais aquilo que circula invisível no ar do que aquilo que resulta inscrito entre os sinais sensíveis da paisagem agrária. O mundo das situações reais, no seu entender, não pode ser reduzido a mecânica consequência de certos fatos técnicos e econômicos, devendo, ao contrário, ser inserido em uma mentalidade.

Propriedade, afirma, é sobretudo mentalidade. Refere-se o autor às várias formas de rendas fundiárias, que, pela mentalidade circulante até o século XVIII, reconduziam-se ao denominador comum do que os juristas chamam de domínio dividido (*dominio diviso*), como as tenências, a enfiteuse, a locação a longo prazo e os contratos agrários consuetudinários.¹⁰⁹²

¹⁰⁸⁹ CLAVERO, Bartolomé. Op. cit., pp. 281-282.

¹⁰⁹⁰ Tenência era um pequeno lote de terra cuja posse pertencia a um servo. A terra dominicata era aquela explorada diretamente pelo senhor feudal. As banalidades eram o monopólio do senhor feudal sobre certos serviços ou objetos de uso obrigatório (os moinhos, v.g.)

¹⁰⁹¹ GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito, 4ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian – Lisboa, pp. 645-646.

¹⁰⁹² GROSSI, Paulo. História da Propriedade e Outros Ensaio, tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca, Livraria e Editora Renovar Ltda., 2006, pp. 23, 24, 30 e 34.

Na célebre *déclaration de ses intentions*, de 23 de junho de 1789, com a qual procurara apaziguar as preocupações dos representantes dos Estados Gerais, Luiz XIV afirmou que todas as propriedades, sem exceção, seriam constantemente respeitadas, e que o seu entendimento era o de que a propriedade compreende os dízimos, censos, rendas, direitos e deveres feudais e senhoriais e geralmente todos os direitos e prerrogativas úteis e honoríficas relacionadas às terras e aos feudos, ou pertencentes às pessoas.¹⁰⁹³ De ver-se, portanto, que a visão do monarca, na linha do pensamento jurídico da época, consistia em que o plural *propriedades*, antes de referir-se à pluralidade de bens, refere-se à diversidade intrínseca do direito proprietário.¹⁰⁹⁴

Em face do caráter universal da instituição da propriedade, não é despicienda uma pequena incursão no direito comparado, tendente a saber se as relações entre propriedade e domínio, gênero e espécie, porém dotados, ambos, das faculdades de usar, gozar e dispor (mais próprias da propriedade corpórea, na qual se concretizam com maior nitidez),¹⁰⁹⁵ têm alguma aproximação e em que extensão com as noções de *property e ownership* do direito anglo-saxônico.

São raros os estudos da matéria, em torno da qual não há nenhum consenso, até mesmo pelas grandes diferenças de concepção e de conciliação entre os sistemas jurídicos da *common law* e do direito continental (*civil law*). Para uns, a noção *property* constituiria o gênero das titularidades patrimoniais vinculadas à pessoa, enquanto *ownership* constituiria uma espécie (domínio), à semelhança do que resta autorizado no sistema brasileiro.¹⁰⁹⁶

Segundo o *Black's Law Dictionary*, no verbete *property*, propriedade é o direito de possuir, usar e gozar de uma determinada coisa, chamado também de conjunto de direitos. Toda coisa externa sobre a qual se exercem direitos de posse, de uso e de gozo. No sentido mais amplo, propriedade inclui todos os direitos legais de uma pessoa, de qualquer

¹⁰⁹³ “Toutes les propriétés, sans exception, seront constamment respectées, et Sa Majesté comprend expressément sous le nom de propriété les dîmes, cens, rentes, droits et devoirs féodaux et seigneuriaux, et généralement tous les droits et prérogatives utiles ou honorifiques attachés aus terres et aux fiefs, ou appartenant aux personnes.”

¹⁰⁹⁴ CLAVERO, Bartolomé. Op. cit., pp. 276-277.

¹⁰⁹⁵ Pelo artigo 1.231 do Código Civil, “A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.” (No ponto, dizia o art. 527 do Código Civil/1916 que “O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário.”)

¹⁰⁹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. “Função Social da Propriedade dos Bens de Produção”, in *Revista de Direito Mercantil (Industrial, Econômico e Financeiro)*, Ano XXV, n. 63 (pp. 71/79), julho/setembro de 1986, p. 74.

descrição. A propriedade de um homem é tudo o que é seu segundo a lei. Num segundo sentido, mais restrito, propriedade não inclui todos os direitos de uma pessoa, mas somente os seus direitos proprietários contrapostos a seus direitos pessoais (personalíssimos). Nesse sentido, terras, bens móveis, ações de uma pessoa e os débitos de que é credora são sua propriedade, mas sua vida, liberdade ou reputação não. Numa terceira aplicação, o termo não chega sequer a incluir todos os direitos proprietários, mas somente aqueles que são, ao mesmo tempo, proprietários *in rem*.¹⁰⁹⁷ Na acepção ampla, percebe-se, o termo *property* tem o sentido abrangente de todas as titularidades patrimoniais da pessoa, delas excluídas naturalmente, porque não redutíveis a dinheiro, os direitos da personalidade.

Pela mesma fonte, *ownership* é o conjunto de direitos que permite a alguém usar, gerir e gozar de uma propriedade, inclusive o direito de transmiti-la para outros. *Ownership* implica o direito de possuir uma coisa, independentemente de qualquer controle real ou inferido. São direitos gerais, permanentes e transmissíveis por via hereditária. Posse é o exercício de fato de uma reivindicação. *Ownership* é o reconhecimento de direito de uma reivindicação. Uma coisa é do meu domínio quando minha reivindicação é garantida pelo Estado em conformidade com a lei; é possuída por mim quando minha reivindicação dela é sustentada por minha própria vontade autoafirmativa.¹⁰⁹⁸ Algo, portanto, guardadas as diferenças mil do sistema da *common law*, da similitude do domínio, na acepção acima referida, de uma espécie de manifestação da noção ampla de propriedade.

¹⁰⁹⁷ “The right to possess, use, and enjoy a determinate thing (...). Also termed bundle of rights. Any external thing over which the rights possession, use, and enjoyment are exercised. (...) In its widest sense, property includes all a person’s legal rights, of whatever description. A man’s property is all that is his in law. (...) In a second and narrower sense, property includes not all a person’s rights, but only his proprietary as opposed to his personal rights. (...) In this sense a man’s land, chattels, shares, and the debts due to him are his property; but not his life or liberty or reputation ... In a third application (...), the term includes not even all proprietary rights in rem.” (Cf. Black’s Law Dictionary, Eighth Edition, Bryan A. Garner – Editor in Chief. Thomson/West – 2nd Reprint – 2007.)

¹⁰⁹⁸ “The bundle of rights allowing one to use, manage, and enjoy property, including the right to convey it to others. Ownership implies the right to possess a thing regardless of any actual or constructive control. Ownership rights are general, permanent and heritable. (...) Possession is the *de facto* exercise of a claim; ownership is the *de jure* recognition of one. A thing is owned by me when my claim to it is maintained by the will of the State as expressed in the law; it is possessed by me, when my claim to it is maintained by my self-assertive will.” (Cf. Black’s Law Dictionary, Eighth Edition, Bryan A. Garner – Editor in Chief. Thomson/West – 2nd Reprint – 2007.)

Para outros, a expressão *property*, dos sistemas da *common law*, não corresponderia exatamente à noção de propriedade nos sistemas do direito continental (*civil law*), designando aquilo que se entende por qualquer direito patrimonial,¹⁰⁹⁹ objeção que rigorosamente não procederia, pois, como foi visto, esta é exatamente a noção geral de propriedade (complexo de direitos reais e obrigacionais), que, por hábito de linguagem, como lembrado por Teixeira de Freitas, ou por inércia dogmática, vem associada sistematicamente à noção de domínio.

Para outra visão, no direito inglês as questões tratadas sob a rubrica *property* (*personal property e real property*) exorbitariam em muito do âmbito do direito francês das coisas, atrelado à ideia de direito subjetivo, resultante de séculos de refinamento do pensamento jurídico nas universidades, não podendo ser traduzida por propriedade. Já o termo *ownership*, do direito inglês, é que teria o significado, no direito continental, da palavra propriedade, ainda que não em relação a todos os bens.¹¹⁰⁰ “A palavra *ownership* corresponde, na língua inglesa corrente, à nossa palavra propriedade mas não é utilizada em matéria de *real property*: uma pessoa pode muito bem ser proprietária de mercadorias, mas nunca é, em sentido estrito, proprietária de uma terra ou de uma casa, de acordo com o direito. Essa observação é curiosa, especialmente em um país que não é marxista, e o único país no qual a língua tem um verbo (*to own*) para exprimir a ideia: ser proprietário de ...”

1101

Na avaliação de René David, há nítida oposição entre as concepções de base francesa e inglesa da propriedade. Na visão francesa, a propriedade, conceito unitário, é concentrada nas mãos de um titular único, o proprietário, que detém a plenitude dos poderes absolutos sobre o seu objeto, expressos nas prerrogativas do *ius utendi, ius fruendi et ius abutendi*, concentrados de tal maneira no título de propriedade que ele chega a se confundir com o bem a que se refere. Os desmembramentos da propriedade são somente os admitidos em lei.

¹⁰⁹⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 71.

¹¹⁰⁰ DAVID, Renè. O Direito Inglês, Editora Martins Fontes (tradução de Eduardo Brandão), 2ª Edição, São Paulo, 2006, pp. 91 e 92.

¹¹⁰¹ *Idem*, p. 95.

Já na construção inglesa, que não conhece a distinção do direito continental entre direitos reais e direitos pessoais, a propriedade, garantida por uma ação real (*real action*), não existe em relação aos imóveis, senão na titularidade do rei, em função da soberania. O titular não terá jamais a propriedade em relação à terra, mas somente um conjunto de interesses, chamados pelo gênero de *state*, expressão que exprime a ideia de interesse jurídico que a pessoa tenha sobre a coisa.¹¹⁰²

Não se aconselha — retorne-se ao cenário brasileiro —, por conseguinte, em prol de uma compreensão sistemática das titularidades patrimoniais, perder de vista a propriedade como gênero, como a relação de pertença da coisa à pessoa.¹¹⁰³ Tão arraigado tem sido, todavia, o uso atécnico do termo *propriedade* como sinônimo de domínio ou propriedade corpórea, que a noção de propriedade enquanto gênero das titularidades patrimoniais tem sido chamada de “o sentido antigo da propriedade”,¹¹⁰⁴ ainda que a expressão não deixe de fazer sentido em outra perspectiva, para contrapor-se à noção funcionalizada atual de propriedade, afetada de deveres em relação a terceiros, diferentemente da propriedade de recorte liberal e absoluto, como um direito subjetivo puro, enfeixando plenamente os poderes clássicos do proprietário, sem deveres não proprietários.

O uso atécnico, por outro lado, tem levado a doutrina dizer, recorrentemente, mas também sem grande apuro técnico, que não mais existe um conceito unitário de propriedade. Tantos são os regimes proprietários, em face do objeto cada vez mais diferenciado e complexo desse direito subjetivo, que na atualidade dever-se-ia falar em propriedades, no plural. Não haveria somente uma diversidade intrínseca do direito proprietário. Haveria, sim, uma multiplicidade de propriedades.

Considerar a propriedade a partir de um conceito unitário, com um sentido unívoco, implicaria desprezo pelas novas realidades sociais, inclusive na fratura entre a propriedade e o exercício do direito, na organização dos bens para fins lucrativos sob a forma de

¹¹⁰² *Idem, ibidem*, pp. 96-98.

¹¹⁰³ DE RUGGIERO, Roberto. Instituições de Direito Civil, Volume 2, Bookseller – Editora e Distribuidora, Editores, 1ª Edição, Campinas – SP, 1999, p. 455.

¹¹⁰⁴ COMPARATO, Fábio Konder. “Função Social da Propriedade dos Bens de Produção”, *in* Revista de Direito Mercantil (Industrial, Econômico e Financeiro), Ano XXV, n. 63 (pp. 71-79), julho/setembro de 1986, p. 74.

empresa.¹¹⁰⁵ “Os novos elementos adicionados pela mutação do sistema de produção interfeririam na conceituação jurídica da propriedade, resultando, dessas interferências, situações originais, que não podem ser unificadas.”¹¹⁰⁶

É lembrada por todos quando se fala da multiplicidade das situações jurídicas proprietárias, refratárias a um sentido unívoco, a tese de Salvatore Pugliatti, propondo a desintegração conceitual do instituto da propriedade e sugerindo que se use a forma plural *le proprietá* no lugar do monolítico conceito de *la proprietá*.¹¹⁰⁷ A desestruturação do conceito monolítico de propriedade teria como resultado — que, paradoxalmente, também seria a sua causa — a diversificação dos regimes jurídicos proprietários.

A propriedade não constituiria um instituto único, senão um conjunto de institutos jurídicos referidos a distintos tipos de bens, ou uma multiplicidade de estatutos proprietários:

A propriedade não constitui uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens. Não podemos manter a ilusão de que à unicidade do termo — aplicado à referência a situações diversas — corresponde a real unidade de um compacto e íntegro instituto. A propriedade, em verdade, examinada em seus distintos perfis — subjetivo, objetivo, estático e dinâmico — compreende um conjunto de vários institutos. Temo-la, assim, em inúmeras formas, subjetivas e objetivas, conteúdos normativos diversos sendo desenhados para aplicação a cada uma delas, o que importa no reconhecimento, pelo direito positivo, da multiplicidade da propriedade”.¹¹⁰⁸

A tese é verdadeira num plano descritivo da realidade jurídico-econômica, especialmente quanto à propriedade dos bens de produção, mas, na proposta de eliminar ou dar por findo o conceito unitário de propriedade, não tem fôlego lógico, não passando de uma força de expressão. A propriedade, como relação de pertença entre o titular e tudo o

¹¹⁰⁵ GOMES, Orlando. Novas Dimensões da Propriedade Privada, Revista dos Tribunais, Ano 59, janeiro/1970, Volume 411, pp. 9-11.

¹¹⁰⁶ *Idem*, p. 9.

¹¹⁰⁷ RODOTÀ, Stefano. Note Critiche in Tema di Proprietà, in Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Multa Paucis – AG, Milano, Dott. A. Giuffrè – Editore, 1960, pp. 1254, 1315, 1316 e 1317; e TEPEDINO, Gustavo. A Nova Propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição), in Revista Forense, n. 306, Ano 85, Abril/Maio/Junho/1989, pp. 74-75.

¹¹⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 11ª Edição, 2006, Malheiros Editores, p. 236.

que for economicamente apreciável, é uma só e não pode ser eliminada como categoria conceitual. Por mais que se predique a diversificação, ela pressupõe, como um *a priori* lógico, uma ideia central de propriedade, a partir da qual os diferentes estatutos se referenciam. A especialidade supõe sempre a generalidade e, as propriedades especiais, por consequência, um direito comum de propriedade.¹¹⁰⁹

O fato de existirem diferentes estatutos proprietários, em função dos bens que constituem objeto dos direitos — propriedade do solo, propriedade industrial, propriedade artística e literária, propriedade de valores mobiliários —, não quer dizer nem implica a impossibilidade lógica da ideia geral do instituto; antes o pressupõe, como visto. Trata-se, vistas as coisas com menor distância, de diversidades intrínsecas do direito proprietário, de um único instituto que se apresenta com grande variedade de aspectos.

Um instituto novo nos dinâmicos tempos modernos, a desafiar a argúcia dos juristas na identificação da sua natureza jurídica, e que poderia contribuir para a quebra da unidade do conceito de propriedade, é a chamada multipropriedade, ou direito de habitação periódica, instituto pelo qual o seu titular compartilha com outros, igualmente legitimados, num mesmo imóvel, porém de forma exclusiva, o direito de utilizá-lo periodicamente, em certa época de cada ano, via de regra em locais de apelo turístico.¹¹¹⁰ O complexo hoteleiro ou turístico, que também fornece serviços de hotelaria, pertence a proprietário único,¹¹¹¹ mas os titulares dos contratos de multipropriedade¹¹¹² têm um direito perpétuo, periódico e exclusivo, transmissível *inter vivos* ou *mortis causa*, de utilizá-lo a cada ano, via de regra em época de férias.

A multipropriedade, que já não se limita à propriedade imobiliária, podendo também ser societária, em virtude da qual cada sócio tem o direito, pelo contrato de

¹¹⁰⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis. Prólogo a El Terrible Derecho – Estudios sobre la Propiedad Privada, Editorial Civitas, S.A., de Stefano Rodotà, 1986, p. 16.

¹¹¹⁰ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Direito Imobiliário Registral na Perspectiva Civil-Constitucional, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, pp. 37-41 e 65.

¹¹¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos de Time-Sharing e a Proteção dos Consumidores, *in* Revista de Direito do Consumidor, n. 22, abril/junho de 1997, p.71.

¹¹¹² São os contratos de *Time-Sharing*, cuja fórmula é dada como nascida na França, mas que se desenvolveu sobretudo nos Estados Unidos nos anos 70 e 80, de onde se expandiu para a Europa nos anos 80 e, nos anos 90, para a América Latina. (Cf. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos de Time-Sharing e a Proteção dos Consumidores, *in* Revista de Direito do Consumidor, n. 22, abril/junho de 1997, p. 71.)

sociedade, de desfrutar ciclicamente do capital social,¹¹¹³ vista da parte do titular do desfrute da habitação periódica ou da parcela do capital social, constitui uma titularidade proprietária, um direito de crédito conversível em dinheiro e, portanto, uma forma de propriedade imaterial.

Tratando da classificação da propriedade segundo o seu objeto, em propriedades materiais (móvel e imóvel) e imateriais ou incorpóreos (as propriedades intelectual, industrial e comercial), anota Cunha Gonçalves que, com base nessa distinção, chega a falar-se “que não há propriedade, há propriedades”. Mas, adverte, isso constitui manifesto equívoco. A variedade dos objetos não altera, quanto à essência, a natureza dos direitos neles exercidos.¹¹¹⁴

Sempre existiram as “propriedades especiais” — *v.g.*, dos recursos minerais, as águas, a propriedade intelectual, a propriedade de marcas, a propriedade industrial — que não se ajustavam sem rebeldia ao conceito padrão, tributário da propriedade imobiliária e, antes disso, da propriedade fundiária, e que, em virtude disso, comportavam dúvidas sobre a sua real localização material, que para uns deveria ser até mesmo no direito administrativo,¹¹¹⁵ o que, entretanto, não eliminava a ideia geral da propriedade.

Não seria suficiente, todavia, limitar-se a tese da pluralidade a “rasgar o véu da propriedade única: subsiste sempre a necessidade de explicar como se pôde acreditar durante decênios na tese da unidade do conceito de propriedade não obstante a existência de disciplinas setoriais diferenciadas”.¹¹¹⁶ A doutrina da pluralidade de propriedades, em essência, termina sendo “uma inteligente maneira de reconstruir o posto central da propriedade”.¹¹¹⁷

¹¹¹³ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Op. cit., p. 53.

¹¹¹⁴ GONÇALVES, Luiz da Cunha. Tratado de Direito Civil – em comentário ao Código Civil português –, 1ª Edição brasileira, Max Limonad Volume XI, Tomo I, p. 223.

¹¹¹⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis. Prólogo a El Terrible Derecho – Estudios sobre la Propiedad Privada, Editorial Civitas, S.A., de Stefano Rodotà, 1986, p. 16.

¹¹¹⁶ RODOTÀ, Stefano. El Terrible Derecho – Estudios sobre la Propiedad Privada, Editorial Civitas, S.A. – Prólogo y traducción de Luiz-Díez-Picazo –, 1986, p. 51.

¹¹¹⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. cit., p. 16 (Autor faz referência ao pensamento de Stefano Rodotà, cuja obra prefacia e traduz.)

3.3.5 Função Social da Propriedade – Cenário Brasileiro

A ideologia do social, como se consignou, expressa em valores de justiça social e distributiva, dominou o cenário constitucional do século XX, passando o bem-estar da pessoa humana a ser a meta mais auspiciosa da gestão do poder. Foi visto, da mesma forma, que a Constituição da República Federal da Alemanha, de 11 de agosto de 1919, afastando-se da clássica neutralidade das cartas liberais, esposou a preocupação constitucional para os problemas sociais e, ao estipular para o mundo que a propriedade obriga e deve ser exercida para servir ao bem comum, “dando expressão a uma ideia ainda informe, mas vigorante no meio social”,¹¹¹⁸ passou a constituir o paradigma sociopolítico dominante da cena constitucional dali em diante.

O constituinte brasileiro de 1988, ao abrir espaço constitucional a essa tendência, amainando os aspectos exclusivista e individualista que ornavam o seu perfil nas duas fases históricas precedentes do Estado moderno, conferiu à propriedade um sentido muito preciso na linha da realização da justiça social.

Dispõe a Constituição de 1988, já no catálogo dos direitos e garantias individuais, que “é garantido o direito de propriedade”; que “a propriedade atenderá à sua função social”; e que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Cuidando da ordem econômica e financeira, na qual opera a empresa, a forma mais moderna da propriedade, volta a estipular, coerentemente, que ela deverá observar, entre outros princípios, a “função social da propriedade”.¹¹¹⁹

Mas, no Brasil, a função social da propriedade tem história constitucional bem anterior à atual Constituição. A Constituição de 1934, que inaugurou o Estado social no Brasil, já preconizava, depois de garantir o direito de propriedade, que ele não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, no que se divisa a ideia embrionária, ainda informe, de função social da propriedade. A Constituição garante o direito de propriedade,

¹¹¹⁸ SILVA, Clóvis V. do Couto e. O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro, in AJURIS – 40 (Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul), p. 139.

¹¹¹⁹ Confirmam-se, respectivamente, o artigo 5º, *caput*, que põe a propriedade em pé de igualdade com o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, e os seus incisos XII, XXIII e LIV; e o artigo 170, inciso III.

em reverência à tradição do sistema, porém adverte “que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar” (art.113, item 17). Uma forma velada, por conseguinte, de adotar o princípio da função social da Constituição de Weimar, embora sem muitos incômodos ao sistema, dada a baixa ou quase nenhuma efetividade dos direitos sociais nesse tempo, que trai claramente a concepção do individualismo em contentar-se com um indivíduo abstrato, despido das suas circunstâncias existenciais de tempo e lugar.

A Constituição de 1946, editada ao término da Segunda Guerra, na qual o Brasil lutou com as forças aliadas contra as forças do nazifascismo, veio sob os ventos da redemocratização e da política assistencialista brasileira dos anos 30, mas não se referiu nominalmente à função social da propriedade, conquanto condicionasse o uso da propriedade ao bem-estar social, expressão que, na já notada avaliação de Rodotà, embora não destituída de ambiguidades e contradições, em certo sentido é análoga ao conceito jurídico de função social.¹¹²⁰

Fazia-se muito presente a reflexão constitucional das questões ligadas ao desenvolvimento social, impulsionada pelo primeiro pós-guerra, dinâmica na qual a Constituição de 1946, dando curso à tradição que vinha de 1934, estabeleceu que “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano” (art. 145); e que “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16,¹¹²¹ promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.(art. 147).

Mas é a Constituição de 1967, promulgada em pleno regime militar, que traz o princípio da função social da propriedade de forma expressa e incisiva, ao estabelecer que “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:” ... “função social da propriedade;” (art. 157, III), o mesmo ocorrendo com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, ao prever que “A ordem econômica e social tem por

¹¹²⁰ RODOTÀ, Stefano. Note Critiche in Tema di Proprietà, in Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Multa Paucis – AG, Milano, Dott. A. Giuffrè – Editore, 1960, p. 1288.

¹¹²¹ O preceito trata da desapropriação por por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:”... “função social da propriedade;” (art. 160, III). Consagrou-se, portanto, a função social da propriedade como princípio basilar do título da ordem econômica.

Afigura-se oportuno, aqui, um *flash back* infraconstitucional. Antes mesmo da Constituição de 1967, a Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964 — Estatuto da Terra —, a primeira legislação no cenário latino-americano a estabelecer os requisitos da função social da propriedade,¹¹²² afirma que é assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social.

Na sequência, prescreve condições objetivas às quais está vinculada a propriedade da terra para desempenhar integralmente a sua função social: a) propiciar o bem-estar das pessoas que nela labutam — proprietários, trabalhadores e suas famílias; b) manutenção de níveis satisfatórios de produtividade; c) segurança de manutenção dos recursos naturais; e d) observância das disposições legais que regulam as justas relações de trabalho.¹¹²³

Dispõe, ainda, que constitui dever do poder público zelar para que a propriedade da terra desempenhe sua função social, estimulando planos para a sua racional utilização, promovendo a justa remuneração e o acesso do trabalhador aos benefícios do aumento da produtividade e ao bem-estar coletivo. Ao tratar das terras particulares, estipula que à sua propriedade cabe intrinsecamente uma função social e seu uso é condicionado ao bem estar coletivo previsto na Constituição e na lei. Por fim, estipula, de forma incisiva, que o poder público promoverá a gradativa extinção das formas de ocupação e exploração que contrariam sua função social.¹¹²⁴

Conquanto estabeleça a definição de latifúndio — o imóvel rural que exceda a seiscentas vezes o módulo médio da propriedade rural e a seiscentas vezes a área média dos imóveis rurais, na respectiva área —, ele não constitui empecilho ao cumprimento da função social da propriedade. A propriedade cumpre a sua função seja qual for a sua dimensão, se satisfizer os requisitos traçados para a finalidade, desde que as características

¹¹²² ARAÚJO, Telga de. Op. cit., p. 11.

¹¹²³ Confirmam-se os artigos 2º, *caput* e § 1º, alíneas a), b), c) e d), e § 2º, alínea b).

¹¹²⁴ Confirmam-se os artigos 12 e 13, inseridos na Seção II – “Das Terras Particulares.”

do imóvel recomendem, do ponto de vista técnico e econômico, a exploração florestal racionalmente realizada, mediante planejamento adequado.¹¹²⁵

De volta à Constituição de 1988, que arrola o direito de propriedade como direito fundamental e a sua inviolabilidade como premissa, numa opção expressa pelo sistema econômico-capitalista da livre iniciativa, o fato é que isso ocorre, também por expressa escolha do constituinte, sem prejuízo da inserção da propriedade nos objetivos da justiça social, embora a previsão, sem grandes especificações, afigure-se mais para um ideal a alcançar.

Situada no cenário constitucional do século XX, com a tomada de consciência de um novo estado de espírito social, a Constituição de 1988 segue afirmando, na cúspide do ordenamento jurídico, que a propriedade atenderá a sua função social. Mas aí não se ultima o *design* constitucional da função social da propriedade. A ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros princípios, o da função social da propriedade.¹¹²⁶

Ao estabelecer, no art. 5º, XXIII, que “a propriedade atenderá a sua função social”, de forma indeterminada e sem especificação, a Constituição estabelece uma cláusula geral constitucional, de textura aberta, de imposição de deveres positivos ao proprietário, que tem o poder-dever de exercer a propriedade de forma voltada para os fins sociais: a propriedade deve atender, também, a interesses situados fora do circuito da relação sujeito-coisa.

Com a técnica da cláusula geral, a lei não propicia uma solução plena e completa aos problemas observados, mas deixa sempre um espaço para a participação da doutrina e da jurisprudência. Seu âmbito de abrangência alcança todas as variedades de titularidades patrimoniais previstas na Constituição, no Código Civil e em leis especiais¹¹²⁷ — patentes de invenção, modelos de utilidade, desenho industrial, marcas, nomes de empresas, signos distintivos, títulos e valores mobiliários, propriedade intelectual, segredos tecnológicos,

¹¹²⁵ Confirmam-se, em visão sistemática, os artigos 4º, V, alínea a), e parágrafo único, alínea a); e 46, § 1º, alínea b).

¹¹²⁶ Confirmam-se os artigos 5º, *caput* e incisos XXII e XXIII; e artigo 170, *caput* e inciso III.

¹¹²⁷ Cf. Lei 9.279, de 14/05/1996 (propriedade industrial); Lei 9.609, de 19/02/1998 (propriedade intelectual de programas de computador); Lei 9.610, de 19/02/1998 (direitos autorais) etc.

programas de computador, quotas de fundos de investimentos, direito de superfície etc.¹¹²⁸ —, não se limitando à figura clássica da propriedade de bens de raiz, embora o primeiro referencial que aporte à cena, mercê da tradição do pensamento jurídico, tributário da propriedade direito real, seja o da propriedade imobiliária.¹¹²⁹

Tratando da temática, e adentrando de certa forma a complexa distinção das noções de propriedade e domínio, embora sem uso dessa terminologia, Marco Aurélio Greco chama atenção para o fato de que a Constituição, ao falar de propriedade e sua função social, fá-lo em dois sentidos distintos. O primeiro, na expressão “direito de propriedade”, quer dizer “o vínculo existente entre o homem e um certo bem, que lhe permite uma série de condutas perante o objeto e terceiros”.¹¹³⁰

E exemplifica com a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, prevista no art. 222 da Constituição, e com a propriedade a que se refere o art. 5º, XII (“é garantido o direito de propriedade;”), mas que poderia ser exemplificado com qualquer titularidade patrimonial, real ou pessoal. O segundo sentido de propriedade, na Constituição, que a sua análise relaciona com o art. 184 (desapropriação da propriedade territorial rural), é o do “próprio bem que vem a ser objeto de condutas humanas.” Seria, portanto, o imóvel, a coisa, e não o direito. Na coisa é que estaria a função social, que não é algo abstrato. “O bem (objeto do direito de propriedade) é que tem ‘função’, exatamente porque está no plano dos fatos...”.¹¹³¹

¹¹²⁸ Cf. CF – Artigo 5º, incisos XXVII (direitos do autor – Lei 9.610/1998 e Lei 9.609/98 – propriedade intelectual sobre programas de computador), XXIII (participação individual em obra coletiva e reprodução de imagem e voz humanas) e XXIX (inventos industriais, criações industriais, propriedade das marcas, nomes de empresas e outros signos distintivos); art. 222 – CF (empresa jornalística); CC – arts. 1.369 – 1.377 (direito de superfície) etc.

¹¹²⁹ A noção de “verdadeira propriedade” foi construída sobre um modelo derivado da propriedade imobiliária e, antes disso, da propriedade da terra, e se apresentava como abstrata e atemporal, apta a acolher um latifúndio, uma caixa de fósforos ou um par de sapatos. (Cf. DÍEZ-PICAZO, Luis. Prólogo a El Terrible Derecho – Estudios sobre la Propiedad Privada, Editorial Civitas, S.A., de Stefano Rodotà, 1986, p. 16.)

¹¹³⁰ GRECO, Marco Aurélio. IPTU – Progressividade – Função Social da Propriedade, in Revista de Direito Tributário, Ano 14, n. 52, abril/junho de 1990, p.113.

¹¹³¹ *Idem*, p. 114. (O raciocínio é válido para a desapropriação agrária, prevista no art. 184 da Constituição, que incide sobre a propriedade imobiliária rural que não cumpra a função social, cujo valor, da mesma forma, para outros tipos de desapropriação de bens corpóreos. Mas o fato é que a função social, enquanto cláusula geral constitucional, embora diga respeito na prática ao objeto do direito subjetivo – este é que está no mundo dos fatos –, alcança também a propriedade não corpórea, que tem por objeto um direito. É possível, v.g., desapropriar as ações de uma companhia, ou uma patente de um medicamento.)

A propriedade do art. 5º, *caput* – CF, protegida como direito inviolável, imune até mesmo ao processo de emenda constitucional (o direito subjetivo e o instituto da propriedade), mas que atenderá a sua função social, é a propriedade na acepção genérica já estudada, que abrange todas as titularidades econômicas, direitos reais ou direitos pessoais, que possam ser convertidas ao denominador comum moeda, conquanto o destaque funcional seja para a propriedade dos bens de produção.

Os bens de produção, formando o capital produtivo, podem envolver as mais variadas titularidades patrimoniais — imóveis, móveis, dinheiro (moeda ou crédito), valores mobiliários, investimentos, domínio de tecnologia, segredos tecnológicos, sistemas organizacionais etc. — e não têm somente uma função individual. Não se destinam somente à satisfação direta de uma necessidade humana, ou à proteção e à subsistência do indivíduo e de sua família em face das intempéries materiais da vida.

Os bens de produção servem à produção de outros bens. Não correspondem — e nem precisariam corresponder, pois se trata mais de uma categoria econômica — a nenhuma classificação específica de bens contemplada nas leis civis, embora possam englobar a todos. O capital de uma empresa pode ser constituído das mais diversas titularidades econômicas. Bens de produção constituem terminologia ligada à doutrina marxista da sociedade e expressam um aspecto da forma de organização do processo produtivo. Mostram o lado dinâmico da propriedade, no qual se aloja a função social da propriedade.

Os bens de produção inserem-se na atividade produtiva e ostentam uma significação social de tamanha importância que a sua utilização reclama socialmente uma disciplina em regime especial. Não podem ser tratados unitariamente como uma apropriação particular e individual, como outrora ocorria com a propriedade dos bens imóveis, quando a terra era o bem de produção por excelência.¹¹³²

A propriedade desses bens, exercida sob a forma de empresa, é que atenderá a sua função social. É para eles que deve voltar-se prioritariamente o foco da função social da propriedade no nível genérico de cláusula geral, com a ressalva de que, se um desses bens, eventualmente, for uma propriedade rural, ela terá adicionalmente um referencial específico

¹¹³² GOMES, Orlando. Novas Dimensões da Propriedade Privada, Revista dos Tribunais, Ano 59, janeiro/1970, Volume 411, p.10.

da função social, nos objetivos termos constitucionais. Os bens de consumo, cujo ciclo de propriedade se exaure na sua fruição, com a destruição física no primeiro uso, não estão regidos em princípio pela função social da propriedade,¹¹³³ tirante a hipótese na qual o uso ultrapasse os limites da razoabilidade, o que de resto pode ser equacionado pelo mecanismo do abuso de direito.

Deve retornar ao debate, pela aguda pertinência, a compreensão de Léon Duguit, já examinada a propósito da função social da propriedade, alertando que o seu pensamento tinha por objeto exclusivamente o que os economistas chamam de propriedade capitalista, deixando de lado a propriedade dos objetos de consumo, que apresenta um caráter absolutamente diferente e em relação à qual não seria exato dizer que evolui em sentido social.¹¹³⁴ Entre os pressupostos da função instrumental da propriedade está a incidência do direito em bens destinados à sua gestão econômica, que não se confundem com os bens de consumo individual, porquanto transpõem o limite do indivíduo e passam a interessar à coletividade.¹¹³⁵

A preocupação está voltada para a propriedade capitalista, em cujos domínios a trajetória dos bens não tem fim. Alerta Orlando Gomes, forte em Menger, que a visibilidade jurídica da função social da propriedade tornou-se clara com a divisão dos bens pela sua função econômica, em bens de produção, de uso e de consumo, que não deveriam estar submissos ao mesmo regime. E que essa classificação, para escritores de faixa ideológica não marxista, vem posta como bens de interesse ou utilidade social e bens que se destinam à utilização individual.¹¹³⁶

Merecem ser transcritas as suas próprias palavras, escritas em 1970, pela ludicez e visão de futuro que revelam:

¹¹³³ COMPARATO, Fábio Konder. “Função Social da Propriedade dos Bens de Produção”, *in* Revista de Direito Mercantil (Industrial, Econômico e Financeiro), Ano XXV, n. 63 (pp. 71/79), julho/setembro de 1986, pp. 72-73; e GOMES, Orlando. Novas Dimensões da Propriedade Privada, Revista dos Tribunais, Ano 59, janeiro/1970, Volume 411, p.10.

¹¹³⁴ DUGUIT, Léon. Las Transformaciones Generales del Derecho – publico Y privado. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, República Argentina, p. 236.

¹¹³⁵ BARASSI, Ludovico. La Proprietà (Nel Nuovo Codice Civile), Seconda Edizione Riveduta, Milano Dott. A. Giuffrè – Editore, 1943, pp. 84 e 85.

¹¹³⁶ GOMES, Orlando. Novas Dimensões da Propriedade Privada, Revista dos Tribunais, Ano 59, janeiro/1970, Volume 411, p. 10.

É unicamente quanto à propriedade desses bens, exercida sob a forma de empresa, que se advoga a necessidade de utilizá-la em harmonia com o interesse social, sujeita, portanto, a limites, ônus e obrigações, sem que, todavia, se precise aceitar a ideia de que passou a ser uma função social, porque, em verdade, o proprietário não chega a ser um órgão de atuação do interesse público, e o empresário não é um funcionário do Estado. As limitações se justificam porque a propriedade, ou o controle da empresa, atribui aos titulares do direito, ou aos gestores, considerável soma de poderes. No seu próprio âmbito, o poder hierárquico, o poder diretivo e o poder disciplinar sobre o pessoal. Em relação a terceiros, principalmente quando exercem monopólio virtual e concentram grande soma de recursos, controlando a riqueza, como vem acontecendo nos países desenvolvidos do mundo livre.¹¹³⁷

No momento em que o sistema capitalista — observa Fábio Comparato —, a partir do Estado moderno, superou a importância econômica da clássica dicotomia dos bens móveis e imóveis e passou a ser impulsionado sobretudo pela riqueza mobiliária, expressa na moeda e em metais preciosos, que serviu de base ao sistema de crédito, tornou-se evidente a importância da distinção jurídica entre os bens de produção e bens de consumo: a vida social passou a ser orientada “para a atividade de produção e distribuição de bens ou prestação de serviços em massa, conjugada ao consumo padronizado, tornou-se evidente que a mais importante distinção jurídica entre bens passara a ser a de bens de produção e de consumo.”¹¹³⁸

A função social da propriedade, nessa perspectiva, é aferida menos pela natureza (estrutura interna) dos bens que lhes servem de objeto, em si mesma, como seria usual no rigor dos termos — a propriedade, na dicção da Constituição, atenderá a sua função social —, e mais pela destinação que lhes dê o proprietário, optando pela inserção num processo de produção de bens. Curioso é que, na dinâmica do processo produtivo, até mesmo a titularidade proprietária por excelência pode eventualmente perder densidade: um equipamento da linha de produção de uma empresa, *v.g.*, pode compor o seu ativo

¹¹³⁷ *Idem*, pp. 10-11.

¹¹³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. “Função Social da Propriedade dos Bens de Produção”, *in* Revista de Direito Mercantil (Industrial, Econômico e Financeiro), Ano XXV, n. 63 (pp. 71/79), julho/setembro de 1986, p. 72.

imobilizado a título de propriedade, mas também pode ser objeto de comodato, de *leasing* ou de alienação fiduciária em garantia, o que implica uma subdistinção, agora entre a função social de um bem, como tal, e função social da relação jurídica que a tem por objeto.¹¹³⁹

É que a propriedade produtiva reclama a conjugação da atividade do empresário com a organização de bens para fins lucrativos, operações nas quais o contrato assume matizes diversos, até mesmo aparentemente alheios à sua causa. Mudou a natureza do capital, que, na sua expressão mais notável, deixa de compor-se de bens tangíveis. “A propriedade de maior significação social já deixou de implicar posse, a riqueza não mais se traduz na materialidade de bens corpóreos, e a iniciativa individual e a concorrência desaparecem à medida que as empresas se agigantam.”¹¹⁴⁰

A complexidade da propriedade organizada sob a forma de empresa, no sistema capitalista, aliada à função social da empresa, impescinde de um estatuto jurídico especial, pautado pelas novas especificidades (v.g., os administradores e diretores da sociedade não se ajustam ao conceito clássico de proprietário; já os titulares das ações, porque detêm somente um complexo de expectativas e pretensões, também não o seriam) e que esteja à altura dos novos desafios econômicos e sociais, mas permanece incólume a noção de propriedade no sentido mais abrangente, de conjunto de titularidades patrimoniais.

Não parece correta a ideia, recorrente, de que o conceito clássico de propriedade resultaria inservível para as modernas organizações empresariais,¹¹⁴¹ considerando-se que ideia clássica de propriedade, evocando a propriedade corpóreo-fundiária, não esgota a noção do instituto; e que, em se tratando de ativos empresariais, os imóveis entram como partes de um todo, o capital, que não deixa de ser uma forma de propriedade, mas que não tem como pressuposto a ideia exclusiva de bens de raiz.

¹¹³⁹ *Idem*, p. 73.

¹¹⁴⁰ GOMES, Orlando. Novas Dimensões da Propriedade Privada, Revista dos Tribunais, Ano 59, janeiro/1970, Volume 411, p. 11.

¹¹⁴¹ *Idem*, p. 14.

A função social da propriedade se modifica com a mudança nas relações de produção.¹¹⁴² Já foi visto que a experiência da utilização dos instrumentos da propriedade societária, aliada ao crescimento dos acervos de bens de capital, levaram a que à propriedade dos bens de produção, sob o foco da função social da propriedade, já não se aplicassem na plenitude as clássicas faculdades da propriedade — *jus utendi, fruendi et abutendi* —, senão o poder-dever de organizar, explorar e dispor. Diferente não ocorre com os acionistas, titulares dos títulos de participação societária, que detêm uma simples expectativa de participação nos resultados, limitada em função dos riscos e da responsabilidade, que se amplia na proporção em que representar participação no poder-dever do controle societário.¹¹⁴³

Aspecto digno de menção é que, estando os bens de produção incorporados à atividade empresarial sob a forma de sociedade por ações, a função social que os afeta já não consubstancia um poder-dever da propriedade passiva, expressa no direito de participação dos acionistas que não têm o controle da empresa, e sim do controlador, titular da propriedade ativa, através daqueles que empolgam o controle acionário.¹¹⁴⁴

O agente da função social da empresa é o acionista controlador.¹¹⁴⁵ A ele incumbe o dever de “usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”. A ele pode ser imputado o cometimento de abuso de poder, caracterizado no fato de “orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou

¹¹⁴² SILVA, José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 20ª Edição, Malheiros Editores, 2002, p. 281. (O autor faz menção a estudo de Karl Renner, mostrando que, sempre que isso acontece, advêm mudanças na estrutura interna do conceito de propriedade.)

¹¹⁴³ VIDIGAL, Geraldo de Camargo. Op. cit., p. 27.

¹¹⁴⁴ GOMES, Orlando. Novas Dimensões da Propriedade Privada, Revista dos Tribunais, Ano 59, janeiro/1970, Volume 411, p. 13; e COMPARATO, Fábio Konder. “Função Social da Propriedade dos Bens de Produção”, in Revista de Direito Mercantil (Industrial, Econômico e Financeiro), Ano XXV, n. 63 (pp. 71/79), julho/setembro de 1986, p. 77.

¹¹⁴⁵ A pessoa natural ou jurídica, ou grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que seja titular de direitos de sócio que lhes assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia. [Cf. Lei 6.404, de 15/12/1976 – art. 116, alínea a).]

estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional”.¹¹⁴⁶

Esta expressão constitucional da função social da propriedade — cláusula geral constitucional — é por vezes considerada como uma norma programática.¹¹⁴⁷ Mas, na condição de princípio constitucional fundamental, sua aplicabilidade é imediata, embora isso não seja sinônimo de eficácia. A ordem constitucional de que a propriedade atenderá a sua função social opera de imediato, mas pode levar a situações jurídicas de colisão de direitos fundamentais interprivados, ambos em princípio merecedores de tutela, cuja solução impescinde de ponderação. Mas não se trata, como já foi dito, de uma fórmula abstrata de legitimação da propriedade capitalista.¹¹⁴⁸

Em outras situações constitucionais, a expressão constitucional da função social da propriedade vem revestida de um conteúdo objetivo mínimo que se expande em requisitos que, no dizer da doutrina, compõem o perfil da função social positiva ou impulsiva, que impele a comportamentos comissivos em perspectiva de aproveitamento e da função social negativa, aquela que apena os comportamentos proprietários abusivos e detrimientosos dos fins sociais.¹¹⁴⁹

Constituem objeto e expressão dessa diretriz a propriedade rural e a propriedade urbana, direitos reais corpóreo-imobiliários, propriedades no sentido estrito de bens de raiz, mesmo que não inseridas em processo de produção de bens para o mercado. Os bens de uso têm uma trajetória econômica limitada à satisfação das necessidades pessoais do titular e de sua família. Os de consumo, como foi visto, cujo ciclo de propriedade se exaure na sua fruição, com a destruição física no primeiro uso, não estão regidos em princípio pela função

¹¹⁴⁶ Confirmam-se os artigos 116, parágrafo único, e 117, § 1º, alínea a), da Lei 6.404, de 15/12/1976 – Sociedade por Ações.

¹¹⁴⁷ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Perfil constitucional da função social da propriedade, *in* Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Ano 36, janeiro/março de 1999, n. 141, p.17. (Autor cita a posição de alguns, mas não concorda com ela, afirmando que os princípios fundamentais não podem ter sua aplicabilidade comprometida por uma regra remissiva programática.)

¹¹⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro, *in* Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, n. 6, julho/2005, p. 104. (Os autores fazem menção a estudo de Ugo Natoli, mas professam entendimento contrário, invocando inclusive o testemunho jurisprudencial.)

¹¹⁴⁹ GUEDES, Jefferson Carús. Função social das “propriedades”: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social, *in* Aspectos Controvertidos no Novo Código Civil (Estudos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves – Coordenadores Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas), Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 353.

social da propriedade. Ressalvam-se, nos dois casos, o exercício voluntarioso e abusivo, que rompa os limites da razoabilidade, não trazendo nenhuma comodidade ou utilidade, animados pela intenção de prejudicar.

A propriedade rural cumpre a sua função social, nos dizeres do art. 186 da Constituição, quando atende, simultaneamente, conforme critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, os requisitos do aproveitamento racional e adequado (i), da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente (ii), da observância das disposições que regulam as relações de trabalho (iii) e da exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários (iv).

A Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre os preceitos constitucionais relativos à reforma agrária, considera propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração superiores a 80% e 100%, respectivamente, fixados pelo órgão federal competente e calculados, o primeiro (GUT) pela relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável total do imóvel e o segundo (GEE), de acordo com sistemática que envolve a produção vegetal e a exploração pecuária.¹¹⁵⁰

Esses requisitos constitucionais, como está à vista, constituem em essência uma incorporação, mais de duas décadas depois, sem testemunhos de eficácia, do que já dissera a Lei 4.504/1964 (Estatuto da Terra) e elevam a função social da propriedade rural, de certo modo, pelo refinamento das exigências, a um certo nível de ideal a alcançar. É útil recordar que o Estatuto da Terra afirma ser a reforma agrária “o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento da produtividade”. (art.1º, § 1º).

Para não falar no aproveitamento racional e adequado e na exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários, conceitos abertos e de alcance indeterminado (deles se sabe, com facilidade, o que não significam, mas não o que efetivamente significam), a questão da

¹¹⁵⁰ Confirmam-se os artigos 6º, caput, seus §§ 1º e 2º, e os demais §§ para uma compreensão mais abrangente da questão, em torno da qual a casuística pretoriana é muito grande. Inúmeros proprietários não aceitam as fixações de GUT e GEE da parte do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA e os rediscutem no Judiciário, em ações paralelas às desapropriações agrárias.

utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e da preservação do meio ambiente, conquanto crucial — já afirmara Comte ter a propriedade uma indispensável função social, destinada a formar e administrar os capitais pelos quais cada geração prepara os trabalhos da subseqüente —, sobre ser um problema ainda não resolvido, não raro impulsionado em direção oposta pela *lex mercatoria*, constitui-se num dos pesadelos do mundo contemporâneo. Já a observância das disposições que regulam as relações de trabalho, onde muito se avançou até o momento, ainda convive com legiões de excluídos e até mesmo com bolsões de trabalho escravo.

De toda forma, prescreve a Constituição que o imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social é suscetível de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano da sua emissão. As acessões e as benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro. Veda a Constituição a desapropriação agrária da pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que o proprietário não possua outra e da propriedade produtiva.¹¹⁵¹

O proprietário rural tardinheiro no cumprimento da função social positiva que a Constituição exige da sua propriedade pode ser “punido” com a desapropriação. Para uns, “não há, no texto constitucional brasileiro, garantia à propriedade, mas tão somente garantia à propriedade que cumpre a sua função social”.¹¹⁵² Para outros, com a inserção da propriedade com um dos princípios da ordem econômica, não se deram conta os constituintes de que “estavam relativizando o conceito de propriedade, porque submetendo-o aos ditames da justiça social, de sorte que se pode dizer que ela só é legítima enquanto cumpra uma função dirigida à justiça social”.¹¹⁵³

As afirmações, quando não encerram um equívoco, dizem menos do que deveriam, valendo mais como força de expressão. Segundo já foi lembrado, o patrimônio da pessoa,

¹¹⁵¹ Confirmam-se o art. 184, *caput* e § 1º; o art. 185, incisos I e II; e art. 186, este estabelecendo os requisitos objetivos mínimos com os quais a propriedade rural atende a sua função social.

¹¹⁵² TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro, *in* Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, n. 6, julho/2005, p. 105.

¹¹⁵³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 20ª Edição, Malheiros Editores, 2002, p. 788.

por expressa disposição constitucional, é inviolável. O que a desapropriação-sanção opera, em um imóvel que não esteja cumprindo a sua função social, é uma restrição objetiva ao exercício da propriedade pelo padrão fundiário, para que o bem, em novas mãos — e sem perder a condição de ativo patrimonial —, tenha uma destinação mais útil à comunidade. Mas não se trata de ilegitimidade, como aquilo que, na sua essência, não está de acordo com as determinações legais.¹¹⁵⁴ A propriedade imobiliária deixa de cumprir a sua função social, mas não perde a inviolabilidade constitucional, que é respeitada com o pagamento da justa indenização.

A propriedade do desapropriado não desaparece nem perde a sua inviolabilidade. Dá-se somente uma conversão objetiva, transmutando-se de propriedade fundiária para a propriedade dos créditos recebidos a título de indenização, não raro até mesmo superiores ao valor do imóvel. A sanção pode, paradoxalmente, ser premial. A essência do direito de propriedade resulta de certo modo até mais fortalecida com o recebimento da indenização, tendo em conta que a conversão do imóvel em dinheiro, pelo valor real — os títulos da dívida agrária são resgatados com atualização monetária — dá liquidez plena à titularidade patrimonial, conferindo eficácia imediata às potencialidades proprietárias.

O bem imóvel desapropriado é reconvertido em dinheiro, o instrumento de troca por excelência, o *summum bonum* (o sumo bem) que dá acesso aos componentes mais importantes da vida em sociedade e, no limite, maiores poderes ao ex-proprietário! Na ácida sentença de Engels sobre o dinheiro, a mercadoria universal pela qual todas as demais podiam ser trocadas, “quando os homens inventaram o dinheiro, não suspeitaram que estavam criando uma força social nova, um poder universal único, diante do qual se iria inclinar a sociedade inteira”.¹¹⁵⁵

Isso não equivale a que a desapropriação agrária, como punição ao proprietário omissivo no cumprimento da função social, seja uma inutilidade. Ela constitui instrumento de uma política de redistribuição de terras, seja quanto aos imóveis rurais aptos à exploração agrícola, seja quanto aos imóveis urbanos adequados à edificação de moradias, um dos grandes problemas sociais da atualidade. Mesmo mantida a inviolabilidade da propriedade

¹¹⁵⁴ DE PLÁCIDO, e Silva. Op. cit., p. 826.

¹¹⁵⁵ ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado, 16ª Edição, 2002, Editora Bertrand Brasil Ltda., tradução de Leandro Konder, p. 125.

em relação ao antigo proprietário, ela recebe uma destinação social em princípio — nem sempre a inserção das terras rurais nos programas de reforma agrária segue padrões de excelência produtiva — compatível com a Constituição.

Vista a questão pelo lado punitivo do desapropriado, é de se destacar que a demissão compulsória, pela desapropriação, de um proprietário rural da titularidade de um bem imóvel, inserido no seu projeto econômico pessoal, seguramente pode significar um baque no seu sistema de vida, sem falar que a terra nua e a cobertura florestal são pagas em títulos da dívida agrária — somente as construções (benfeitorias úteis e necessárias) são pagas em dinheiro —, que, mesmo contemplados com cláusula de preservação do poder de compra, têm prazos longos de resgate, de até vinte anos.

Excetua-se, como já foi visto, o caso da expropriação de glebas nas quais tenha sido localizada cultura de plantas psicotrópicas, sem indenização, restrita à efetiva área de localização da cultura, mas que não se relaciona diretamente com a função social, pelo menos segundo os critérios objetivos da constituição. Hipóteses outras de perda da propriedade existem, sem pagamento de indenização, mas todas afetas à área penal, como efeitos da condenação.¹¹⁵⁶ Permanece praticamente letra morta, salvo pela via da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, sujeita a injunções políticas mil, o preceito do art. 13 do Estatuto da Terra, dispondo que “O Poder Público promoverá a gradativa extinção das formas de ocupação e exploração da terra que contrariam sua função social”.

Há quem afirme que “Quando o domínio fundiário não é indispensável à sobrevivência do proprietário e de sua família, não existe o direito fundamental declarado no art. 5º, inciso XXII, da Constituição. O proprietário, nesse caso, é obrigado a dar à terra agrícola a sua destinação social”.¹¹⁵⁷ Mas a Constituição não abona esse exagero, somente permitindo a desapropriação agrária da propriedade improdutiva, sem nenhuma limitação em termos de sobrevivência do seu proprietário e de sua família, com maior ou menor expressão de conforto econômico. (Ressalvem-se outras formas de desapropriação, não

¹¹⁵⁶ Cf. *verbi gratia*, art. 91, II, alíneas “a” e “b” do Código Penal; e Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 (art. 63).

¹¹⁵⁷ COMPARATO, Fábio Konder. In “Impropriedades” – Folha de São Paulo – Tendências e Debates, edição de 22 de julho de 2003 – Caderno A – 3.

ligadas à função social da propriedade, porém todas com o pagamento de prévia e justa indenização.)¹¹⁵⁸

Ainda quanto à função social da propriedade rural, valeria lembrar as marcadas limitações que a Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal) impõe aos proprietários quanto à utilização da cobertura florística, seja em termos de reserva legal, seja em termos de áreas de preservação permanente, limitações que se inserem claramente no “aproveitamento racional e adequado” a que se refere o inciso I do art. 186 da Constituição, um dos vetores objetivos de avaliação da sua função social. Isso para não falar na exploração do potencial madeireiro, que, quando cabível, submete-se a fortes exigências administrativas que repercutem na indenizabilidade, no caso de desapropriação, como inventário florestal, plano de manejo sustentável aprovado pela autoridade competente, estudo de impacto ambiental etc.¹¹⁵⁹

As áreas de reserva legal são aquelas localizadas no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessárias ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas. As áreas de preservação permanente são aquelas cobertas ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico da fauna e flora, e proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.¹¹⁶⁰

As áreas de reserva legal são de no mínimo 80% da propriedade rural em área localizada na Amazônia Legal; de 35% em área de cerrado, também na Amazônia Legal; de 20% da propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada em outras regiões do País; e de 20% da propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País e que deve ser averbada à margem da

¹¹⁵⁸ Constituição Federal – Artigo 5º, XXIV: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos na Constituição;”

¹¹⁵⁹ Cf. arts. 7º, 10, 14, 15, 16, § 2º da Lei 4.771, de 15/09/1965 (Código Florestal)

¹¹⁶⁰ Cf. art. 1º, § 2º, II e III da Lei 4.771/65, com a redação da MP n. 2.166-67, de 24/08/2001.

inscrição da matrícula do imóvel. A obrigação de averbação, ínsita à função social, incumbe ao proprietário e ao adquirente.¹¹⁶¹

Quanto à propriedade urbana, ela cumpre a sua função social positiva quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes. A política de desenvolvimento urbano deve pautar-se por diretrizes gerais fixadas em lei, tendo por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes.¹¹⁶² À União, reza a Constituição (art. 21, XX), compete “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transporte urbanos”.

A Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 — Estatuto da Cidade —, que estabelece normas de ordem pública e interesse social para a regulação do uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança, do bem-estar dos cidadãos e do equilíbrio ambiental,¹¹⁶³ dispõe, no seu art. 39, nas pegadas da Constituição, que “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei”.

A função social da propriedade urbana, pautada por critérios objetivos de avaliação, implica deveres aos proprietários, na linha funcionalizada de que o patrimônio obriga, mas depende fundamentalmente da atuação compartilhada do poder público, a partir da premissa da edição do plano diretor, parte integrante do planejamento municipal, instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, instituído por lei municipal, que deve englobar o território do Município como um todo.

O plano diretor, fator objetivo eleito pela Constituição para a aferição da função social da propriedade urbana, não é obrigatório para cidades com população até vinte mil habitantes, mas isso não equivale a que a propriedade imobiliária urbana das cidades sem plano diretor não esteja adstrita à sua função social, desde que reconduzida à sua primeira

¹¹⁶¹ Cf. art 16, incisos I, II, III e § 8º da Lei 4.771/65, com a redação da MP n. 2.166-67, de 24/08/2001.

¹¹⁶² Constituição Federal – Artigo 182, *caput* e §§ 1º e 2º.

¹¹⁶³ O Estatuto da Cidade regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição, que tratam da política urbana.

expressão na Constituição, no nível de cláusula geral constitucional, de que a propriedade é daqueles direitos que implicam, *ipso facto*, deveres.

No que diz respeito ao imposto sobre propriedade predial e territorial urbana, dispunha a Constituição, até a EC n. 29, de 13 de setembro de 2000, que poderia “ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar a função social da propriedade” (art. 156, § 1º). A progressividade do IPTU não se destinava a captar recursos para o tesouro municipal. Enquanto critério objetivo de avaliação da função social da propriedade urbana, constituía um mecanismo de política social, destinado a estimular e condicionar comportamentos dos proprietários. Trata-se de uma função promocional da norma constitucional, que funciona como estímulo e propulsão à prática de atos considerados úteis e relevantes da parte do proprietário do imóvel rural, que têm como resultado a privação de uma desvantagem —¹¹⁶⁴ a desapropriação do imóvel por interesse social para fins de reforma agrária.

Em face dos questionamentos judiciais, firmou-se em definitivo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na compreensão, posta na Súmula 668, de que “È inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”.

Com a EC n. 29/2000, que alterou a redação do art. 156, § 1º (“§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.”), a Constituição não mais registra de forma expressa a progressividade do IPTU como forma de assegurar cumprimento da função social da propriedade.

Mas confere ao Município, na busca da efetividade desse objetivo, a faculdade de editar lei específica para, em relação a áreas incluídas no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal — esta lei é o Estatuto da Cidade —, do proprietário do solo não edificado, subutilizado ou não utilizado, a promoção do seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de parcelamento ou edificação compulsórios; de cobrança de imposto

¹¹⁶⁴ BOBBIO, Norberto. Da Estrutura à Função – Novos Estudos de Teoria do Direito (tradução de Daniela Beccaccia Versiani), Editora Manole Ltda., 2007, pp. 24-25.

sobre propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; ou desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública com prazo de resgate em dez anos, cuja emissão impescinde de aprovação prévia do Senado Federal.¹¹⁶⁵

O proprietário é apenado a fim de que promova o adequado aproveitamento do solo urbano. Frustrados o parcelamento ou a edificação compulsórios de área incluída no plano diretor, que, como matrizes de política urbana, devem ser praticados com prioridade em relação ao solo não edificado, subutilizado ou não utilizado, o imposto sobre propriedade predial e territorial urbana, nos termos de lei municipal, pode ser praticado com alíquotas crescentes com o passar do tempo, por cinco anos consecutivos, findos os quais se manterá, pela alíquota máxima de 15%, até que o proprietário cumpra a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar.¹¹⁶⁶

Condicionada a atuação do poder público municipal, pela Constituição, aos ditames da lei federal (art. 182, § 4º), decidiu o Supremo Tribunal Federal que “A cobrança do IPTU progressivo para fins extrafiscais, hipótese prevista no art. 182, § 4º, inciso II, da CF/88, somente se tornou possível a partir da edição da Lei n. 10.257/01 [Estatuto da Cidade].¹¹⁶⁷

Antes disso, em precedente muito citado pelos estudiosos, de 20 de novembro de 1996, decidira o plenário da Corte, por maioria,¹¹⁶⁸ na linha do voto-vista do Ministro Moreira Alves,¹¹⁶⁹ conhecendo e dando provimento ao recurso, que:

- “– No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real.
- Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica

¹¹⁶⁵ Constituição Federal – artigo 182, § 4º, incisos I, II e III.

¹¹⁶⁶ Cf. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 – arts. 5º, *caput*, e 7º, §§ 1º e 2º.

¹¹⁶⁷ STF – 2ª Turma – AG.REG – RECURSO EXTRAORDINÁRIO 338.589 – 5/ES, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 24 de julho de 2008.

¹¹⁶⁸ O Ministro Carlos Mário Velloso, Relator, ficou vencido porque não conhecia do recurso extraordinário, entendendo que a progressividade que ali se discutia, praticada pela Lei Municipal 5.641, de 1989, do Município de Belo Horizonte, estava exatamente na linha do que dispõem os artigos 145, § 1º, e 156, § 1º, da Constituição Federal.

¹¹⁶⁹ STF – Plenário – Recurso Extraordinário n.153.771 – 0/MG, julgado em 20/11/1996, Relator para o acórdão Ministro Moreira Alves – DJ 05/09/1997.

do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, I, § 1º (específico).

– A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que se refere o inciso II do § 4º do art. 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º.

– Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal”.

Situação em parte assemelhada ao IPTU pode ser verificada em relação ao imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR), sobre o qual a Constituição afirma que será progressivo e que terá as suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas. Tributos reais, concebidos com fins fiscais, são praticados com objetivos extrafiscais de estimular comportamentos positivos do proprietário, na busca da função social da propriedade urbana.

Fiel às opções da Constituição, o Código Civil de 2002 estruturou o exercício do direito de propriedade em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais. No título da propriedade, diversamente do que ocorre com os contratos,¹¹⁷⁰ o Código não alude nominalmente à função social. Mas, quando isso não fosse despiciendo em face do efeito irradiante do comando do art. 5º XXIII da Constituição (“a propriedade atenderá a sua função social”), dúvida nenhuma restaria a respeito da sua consagração na engenharia do sistema civilístico. Isso sem falar que o parágrafo único do art. 2.035, inserido nas “disposições finais e transitórias” do Código, estabelece que “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

A despeito da sua inviolabilidade, de estatura constitucional, não mais se admite o exercício da propriedade, seja qual for a sua modalidade, senão em consonância com as finalidades sociais. Como já foi visto, o Código Civil, dizendo menos do que deveria, alude sobretudo à propriedade corpóreo-fundiária, e com ela inaugura o elenco dos direitos reais

¹¹⁷⁰ Art. 421 – “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

(art. 1.225, I), passando ao menos avisada a ideia, equivocada, de que a propriedade, no sistema, somente existe na figura clássica do bem de raiz.¹¹⁷¹

Feita a ressalva, estabelece o Código Civil, em preceito genérico (art. 1.228, § 1º), que não existia no Código de 1916 e que vale para a propriedade fundiária rural e urbana, que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, em ordem a que sejam preservados, nos termos de lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.¹¹⁷²

A propriedade é presumida plena e exclusiva — com as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar — até que se prove o contrário, mas são proibidos os atos que não tragam ao proprietário ou a terceiro nenhuma comodidade ou utilidade, puramente emulativos, com a intenção de prejudicar a outrem (art. 1.228, § 2º). Cuida-se de uma cláusula geral pela qual o exercício do direito de propriedade se submete a padrões socioeconômicos. Não mais se trata de um puro direito subjetivo de recorte liberal, como interesse juridicamente protegido, senão de um direito funcionalizado, no qual se incrustam deveres.

Afirma-se, à conta desse aspecto, que a propriedade, no seu conceito contemporâneo — aquela revestida de deveres —, consubstanciaria uma relação jurídica complexa, “que reúne não só um feixe de poderes, como os de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa, mas também deveres em relação a terceiros proprietários e a terceiros não proprietários”.¹¹⁷³ Trata-se de tese assaz criativa, voltada para a importante tarefa da

¹¹⁷¹ Sendo o conceito de propriedade construído a partir da propriedade corpóreo-imobiliária, especialmente a propriedade da terra, exige-se um certo esforço mental para pensar o conceito fora do seu objeto, conceito que se apresenta como abstrato e intemporal, idôneo para aplicar-se de um latifúndio a uma caixa de fósforo ou uma caixa de sapatos, nos termos da já pertinente e já referida observação de Luiz Díez-Picazo. (Cf. Prólogo a *El Terrible Derecho – Estudios sobre la Propiedad Privada*, Editorial Civitas, S.A., de Stefano Rodotà, 1986, p.16.)

¹¹⁷² O preceito fala no direito de propriedade, dando a ideia de generalidade, mas os seus dizeres, na realidade, referem-se à propriedade imobiliária, propriedade como direito real, pois o seu objeto é que enseja o atendimento das finalidades ali enumeradas.

¹¹⁷³ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A Propriedade como Relação Jurídica Complexa*, Renovar, 2003 (Biblioteca de Teses), pp. 43 e 45.

doutrina de criação de modelos jurídicos hermenêuticos, na perspectiva da contínua atualização dos textos legais.¹¹⁷⁴

Mas, a despeito do seu mérito, não está a salvo de objeções. Diz-se complexa a relação jurídica, no rigor dos termos, “quando abrange o conjunto de direitos e de deveres ou estados de sujeição nascidos do mesmo facto jurídico”.¹¹⁷⁵ A complexidade da relação jurídica, portanto, deve ser tecnicamente sinalagmática, o que não ocorre em relação aos encargos oriundos da função social da propriedade, os quais, mesmo tipificando deveres ao proprietário, ocorrem no nível de cláusula geral (propriedade em geral) ou de critérios constitucionais objetivos (propriedade fundiária rural e urbana), porém sem consubstanciar pretensões ou posições jurídicas justificáveis em prol dos membros da coletividade, singularmente considerados, como deveria ocorrer se a hipótese fosse de fato uma legítima relação jurídica complexa, na qual cada uma das partes pode exigir em juízo a prestação da outra.

O exercício abusivo da propriedade, ultrapassando manifestamente os parâmetros de comodidade e utilidade, como padrões socioeconômicos, consubstancia ato ilícito e sujeita o responsável, causando danos a outrem, materiais ou morais, ao pagamento de indenização. Comete ato ilícito, pela dicção da lei civil, o titular do direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes.¹¹⁷⁶

A sintonia do exercício do direito de propriedade com os fins sociais é de tamanha intensidade que até mesmo fora do padrão do ato ilícito, no desempenho de atividade lícita e autorizada que propicie recursos econômicos e sociais para a comunidade, podem surgir obrigações inderrogáveis para o proprietário da titularidade patrimonial, como sucede, *v.g.*, com aquele que explora recursos minerais, que fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma

¹¹⁷⁴ REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil, *in* Revista dos Tribunais, Ano 92, Volume 808, fevereiro/2003, p.14.

¹¹⁷⁵ VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, volume 1, 10ª Edição, Almedina., 2003, pp. 64 e 65.

¹¹⁷⁶ Código Civil – arts. 186, 187 e 927.

da lei.¹¹⁷⁷ Tem-se um caso de responsabilidade civil sem culpa, em decorrência de atividade lícita, mas diretamente informada pela função social da propriedade na perspectiva do meio ambiente.

De volta às manifestações da jurisprudência, merecem realce, no tema da função social da propriedade, algumas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.213 – 0/DF, discutiam-se, entre outros temas, o texto do art. 95-A do Estatuto da Terra (Lei 4.504, de 30/11/1964), na redação de Medida Provisória 2.183 – 56, de 24 de agosto de 2001 (“Fica instituído o Programa de Arrendamento Rural, destinado ao atendimento complementar de acesso à terra por parte dos trabalhadores rurais qualificados para participar do Programa Nacional de Reforma Agrária, na forma estabelecida em regulamento”), e o seu parágrafo único (“Os imóveis que integram o Programa de Arrendamento Rural não serão objeto de desapropriação para fins de reforma agrária enquanto se mantiverem arrendados, desde que atendam aos requisitos estabelecidos em regulamento.”), ao fundamento de que afrontavam o art. 185 da Constituição, por criar “um novo tipo de propriedade insuscetível de desapropriação”.

A Corte, à unanimidade, não conheceu da ação direta de inconstitucionalidade quanto à cabeça do art. 95-A e, por maioria, indeferiu a liminar em relação ao parágrafo único, por ver configurados os pressupostos constitucionais das medidas provisórias. No que aqui tem pertinência, deixou consignado que “o acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade”.

Como também se discutia a ocupação da área por movimentos sociais, dando-se a edição da MP com a finalidade de “neutralizar abusos cometidos e atos de violência possessória, praticados contra proprietários de imóveis rurais”, deixou expresso o STF que “o processo de reforma agrária, em uma sociedade estruturada em bases democráticas, não pode ser implementado pelo uso arbitrário da força e pela prática de atos ilícitos de violação possessória, ainda que se cuide de imóveis alegadamente improdutivos”, tendo em

¹¹⁷⁷ Assim preceitua o artigo 225, § 2º da Constituição Federal, inserido na capítulo que trata do meio ambiente, numa hipótese de responsabilidade civil sem culpa, imposta pela função social da propriedade.

vista que a Constituição, ao amparar o proprietário com a cláusula de garantia da propriedade, proclama que ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal. Destacou, outrossim, que o respeito à autoridade da Constituição representa condição indispensável ao exercício da liberdade, não podendo ser legitimada a ruptura da ordem jurídica, seja pela atuação de movimentos sociais, que por iniciativa do Estado, mesmo que se trate de reforma agrária.¹¹⁷⁸

No Recurso Extraordinário n. 387.047 – 5/SC, no qual se discutia a função social da propriedade em relação ao solo criado, resultante da construção praticada em volume superior ao permitido nos limites de um coeficiente único de aproveitamento, a parte impetrante de um mandado de segurança impugnava exigência de pagamento de “parcela de solo criado”, instituída por lei municipal como condição de expedição de alvará de construção. Sem êxito em primeiro grau, o Tribunal local manteve a sentença, afirmando que a remuneração exigida do interessado como condição para criação de solo possui natureza indenizatória e que o solo criado não é um instrumento de arrecadação de fundos, senão o meio de disciplina do ordenamento territorial nas cidades.

O STF negou provimento ao recurso, mas deixou esclarecido que a noção de solo criado “foi desenvolvida a partir da observação da possibilidade de criação artificial de área horizontal, mediante a sua construção sobre ou sob o solo natural”, em situação diversa da mera ocupação do espaço aéreo. Restou consignado, ainda — e no que aqui interessa —, que o instituto a que corresponde a “parcela do solo criado” envolve a imposição de um ônus ao proprietário do imóvel urbano e consubstancia um instrumento próprio de política de desenvolvimento urbano, cuja execução incumbe ao poder público municipal, nos termos do art. 182 da Constituição, tratando-se, portanto, de “um instrumento vocacionado à correção de uma série de distorções que o crescimento urbano desordenado acarreta, adequado ao pleno desenvolvimento das funções da cidade e a dar concreção ao princípio da função social da propriedade”.¹¹⁷⁹

O Superior Tribunal de Justiça, em recurso ordinário em mandado de segurança no qual se discutia embargo de construção de edifício na orla marítima, assentou, para negar

¹¹⁷⁸ Relator Ministro Celso de Mello – fls. 298, 299 e 300 dos respectivos autos. O julgamento foi publicado no DJ 23/04/2004.

¹¹⁷⁹ STF – Recurso Extraordinário n. 348.047 – 5/SC, Relator Ministro Eros Roberto Grau, DJ 02/05/2008.

provimento ao recurso, que “o uso do solo urbano submete-se aos princípios gerais disciplinadores da função social da propriedade, evidenciando a defesa do meio ambiente e do bem-estar comum da sociedade”.¹¹⁸⁰

Já em recurso especial em ação de desapropriação indireta tendo por objeto a criação de Parque Estadual na Serra do Mar, pelo Estado de São Paulo, decidiu que a criação do Parque não acrescentara nenhuma limitação às já preexistentes, com base em outros atos normativos — Código Florestal e Lei do Parcelamento do Solo Urbano —, que já vedavam a utilização indiscriminada da propriedade fundiária, não sendo devida a pretendida indenização por desapropriação indireta, tanto mais que a área, por suas condições naturais, não se compadecia com exploração econômica, ainda que não fosse (e o era) classificada como Área de Preservação Permanente (APP).¹¹⁸¹

Em outro recurso especial, no qual se discutia a obrigação de instituição, por parte dos proprietários rurais, de áreas de reservas legais de no mínimo 20% (vinte por cento) de cada propriedade, nos termos do Código Florestal,¹¹⁸² decidiu-se que a Constituição consagra (art. 186) que a função social da propriedade rural é cumprida quando atende, seguindo critérios e graus de exigências estabelecidas em lei, a requisitos certos, entre os quais o de “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”.

E que a obrigação dos proprietários rurais de instituir áreas de reserva legal de até vinte por cento das propriedades atende ao interesse coletivo, configurando a sua averbação, junto à matrícula do imóvel, além de uma medida necessária à proteção do meio ambiente, um dever do proprietário ou do adquirente do imóvel rural, independentemente da existência de florestas ou outras formas de vegetação nativa na gleba.¹¹⁸³

¹¹⁸⁰ STJ – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 13.252 – PR (2001/0079379-8), Relator Ministro Peçanha Martins, 2ª Turma, DJ 03/11/2003, RSTJ n. 175, p.244.

¹¹⁸¹ STJ - Recurso Especial n. 806.586 – S (2006/00011363-7), Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 20/09/2007.

¹¹⁸² Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965 – art. 16, III, IV e §§ 8º e 9º, com a redação da MP n. 2.166 – 67/2001.

¹¹⁸³ STJ – Recurso Especial n. 821.083 – MG (2006/0035266 – 2), Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 09/04/2008.

3.4 A Ideologia da Segunda Codificação Civil – 2002. A Inversão do Paradigma Patrimonialista

A abordagem da ideologia do Código Civil de 2002 deve preceder de um rápido contraste com o ideário que presidiu o Código Civil de 1916, gestado a partir de 1899, “coincidindo sua feitura os últimos reflexos de um ciclo histórico marcado, no plano político e jurídico, por acendrado individualismo”,¹¹⁸⁴ para que se destaque a nitidez social, política e jurídica dos dois quadrantes históricos.

Segundo já se consignou, o Brasil de 1916 era uma sociedade patriarcal e conservadora, de economia sobretudo rural. A classe política que detinha o mando era integrada pelas famílias proprietárias da terra. A estrutura agrária mantida no País, há pouco saído do regime escravagista, era ainda a do sistema colonial, que tivera sua base fora dos meios urbanos, sob a batuta da autoridade do proprietário de terras. Os sentimentos e a visão de mundo da classe senhorial estão impressos no Código, mui especialmente na disciplina das instituições jurídicas básicas da propriedade, da família e do direito hereditário.¹¹⁸⁵

Os porta-vozes dessa classe eram os seus filhos educados nas profissões liberais, os quais, mesmo dela afastados pelo pensamento e pela cultura de extração europeia, exerciam o monopólio da política. E assim o Código Civil de 1916 retrata, sobretudo, um direito de civilização urbana pouco adaptado às condições de vida do interior do país, pouco conhecido e que, do ponto de vista econômico, social e político, era considerado secundário.¹¹⁸⁶

Em outro salto, elaborado o Código na última década do século XIX, ali são visíveis, pela decisiva atuação do pensamento de Clóvis Bevilacqua, a influência da tradição do direito luso-brasileiro, da Escola francesa da Exegese, construída em derredor do mito do Código Civil francês (1804) e, sobretudo, a da Escola germânica dos Pandectistas, que,

¹¹⁸⁴ REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, de 16 de janeiro de 1975, *in* Novo Código Civio – Exposição de Motivos e Texto Sancionado, Senado Federal, Brasília – 2003, p. 25.

¹¹⁸⁵ GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. Martins Fontes, São Paulo, 2ª Edição, 2006, p. 22.

¹¹⁸⁶ DAVID, René. *Traité Elementaire de Droit Civil Comparé*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon Et. R. Durand-Auzias, Paris, 1950, pp. 266-267.

na expressão de Miguel Reale, “era uma espécie de idolatria do direito romano, tal como se expressavam as pandectas de Justiniano”.¹¹⁸⁷

Na dialética das tensões políticas, a codificação, de filiação liberal-progressista, restou paradoxalmente refém dos interesses, da tradição, dos sentimentos e do instinto conservador da aristocracia rural, da classe poderosa dos fazendeiros.¹¹⁸⁸ De outro lado, o individualismo jurídico, que comandava o pensamento dominante, não permitiu a assimilação de nenhum avanço na legislação social, tudo restando para os soberanos domínios da liberdade contratual.

Abriga o Código um modelo individualista, absoluto e liberal de propriedade. Avulta o paradigma patrimonialista, em cuja raiz está a ideia de que a propriedade constitui um valor necessário à realização da pessoa. Estrutura-se a concepção de propriedade como afirmação de uma vontade dos sujeitos sobre as coisas. A possibilidade de adquirir bens é considerada como um decisivo componente da liberdade individual. Todo o direito civil é pensado a partir da propriedade, numa lógica proprietária.

O foco é deslocado da pessoa para o objeto da relação jurídica, prevalecendo o patrimônio como valor a ser tutelado pela lei. A pessoa humana, sujeito da titularidade, fica escondida nas dobras da dimensão econômica e é considerada em perspectiva apenas operacional, ou instrumental, como polo da relação jurídica, porém reduzida da sua dimensão real.¹¹⁸⁹ Trata-se da cosmovisão que já despontava nas já referidas expressões de Cambacérès, no segundo projeto do Code, perante a Convenção de 1794: “*Trois choses sont nécessaires et suffisent à l’homme en société: être maître de sa personne, avoir de biens pour remplir ses besoins; pouvoir disposer pour son plus grande intérêt de sa personne et de ses biens. Tous les droits civils se réduisent donc aux droits de liberté, de propriété et de contracter*”.^{1190/1191}

¹¹⁸⁷ REALE, Miguel. A Parte Geral do Novo Código Civil, in Revista do Tribunal Regional Federal, 4ª Região, Ano 17, n. 60.

¹¹⁸⁸ GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. Martins Fontes, São Paulo, 2ª Edição, 2006, p. 31.

¹¹⁸⁹ LÓBO, Paulo Luiz Netto. Teoria Geral das Obrigações. Editora Saraiva, 2005, p. 7.

¹¹⁹⁰ PRATA, Ana. Op. cit., pp. 147-148; e CLAVERO, Bartolomé. Les Domaines de la Propriété, 1789- 1814: Propiedades y Propiedad em el Laboratorio Revolucionario, Universita’ di Firenze, Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Quaderni Fiorentini (per la storia del pensiero giuridico moderno), 27 (1998), Giuffrè Editore Milano, p. 318.

O homem é visto e avaliado socialmente através do patrimônio. Referindo-se à codificação civil italiana de 1865, Pietro Perlingieri destaca que o Código Civil, modelado no Código Civil francês de 1804, caracteriza-se por colocar a propriedade privada no centro do ordenamento jurídico, especialmente a propriedade da terra. A categoria do ser é subordinada àquela do ter: quem possui “é”.¹¹⁹²

Em obra mais recente sobre o individualismo proprietário, mas que não deixa de verbalizar a ideologia individualista do “ter”, que no Brasil se apontou no Código de 1916, anota Pietro Barcellona que a concepção de propriedade privada — forma geral de disponibilidade das coisas possuídas, transformadas e consumidas — converte-se em norma de funcionamento de toda a sociedade e das relações humanas, que ficam entregues definitivamente à artificialidade da esfera econômica.

A individualidade concreta é confiada à subjetividade jurídica abstrata e à calculabilidade monetária dos valores de troca dos produtos do trabalho humano. A individualidade vivente, material e empírica, é formalizada pela extrema formalidade da ordem jurídica, da igualdade de direitos e do intercâmbio de equivalentes. O indivíduo, na época da mercancia absoluta, consegue o infinito, mas perde qualquer princípio de identificação.¹¹⁹³

Esse paradigma muda fundamentalmente com o Código Civil de 2002, a despeito da sua longa gestação no Congresso Nacional,¹¹⁹⁴ por alguns considerada como causa do seu envelhecimento precoce. Perde densidade, na nova codificação, a antiga herança jurracionalista de submeter a sociedade à regência das leis naturais, com a imutabilidade das formulações matemáticas.¹¹⁹⁵ Em outros termos, já não é decisiva a concepção da pandectística de conferir aos problemas históricos da vida comercial uma estrutura rigorosamente jurídica, solucionando as questões sociais somente à luz das rigorosas

¹¹⁹¹ “Três coisas são necessárias e suficientes ao homem em sociedade: ser senhor de sua pessoa, ter bens para satisfazer suas necessidades; e poder dispor, por seu exclusivo interesse, de sua pessoa e de seus bens. Todos os direitos civis se reduzem aos direitos de liberdade, de propriedade e de contratar.”

¹¹⁹² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, 2ª Edição, tradução de Maria Cristina De Cicco, Editora Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2002, p. 4.

¹¹⁹³ BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*, Editorial Trotta, Madrid, 1996, p. 21.

¹¹⁹⁴ O projeto de lei instituindo o Código Civil foi enviado ao Congresso Nacional pela mensagem n. 160, de 10 de junho de 1975, firmada pelo Presidente Ernesto Geisel. A aprovação, depois de um decênio de paralisação no Senado, somente ocorreu com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

¹¹⁹⁵ WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 288.

categorias jurídicas. Ganha dianteira a percepção do Direito em constante vinculação com valores sociais e éticos.¹¹⁹⁶

Foi decisiva, na mudança de rumo da codificação civil, a tábua axiológica da Constituição de 1988, promulgada quase doze anos antes e que elevou ao nível constitucional os princípios fundamentais do direito civil.¹¹⁹⁷ A mais disso, estando entre os pilares fundamentais da Constituição a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, seria inevitável que o social fosse um dos nortes da nova codificação.

Mas essa é apenas a etapa derradeira de uma travessia iniciada com o Código Bevilacqua. Os quase noventa anos entre os dois momentos históricos são povoados por complexas e diferentes circunstâncias históricas, econômicas, sociais, políticas e ideológicas, mundiais e locais, ao cabo das quais se chegou a uma nova configuração paradigmática, com o compartilhamento de toda uma nova constelação de crenças, valores e técnicas,¹¹⁹⁸ fundamentalmente diversas e até mesmo opostas aos valores do individualismo liberal. Sem embargo da sua longa tramitação, surge a novel codificação, nos albores do novo século, informada por um novo paradigma, estrutural e estruturante: o dos valores coletivos. “Embora o mundo não mude com a mudança de paradigma, depois dela o cientista trabalha em um mundo diferente.”¹¹⁹⁹

Mas o caminho sociocultural foi longo. Duas guerras mundiais se sucederam, com todas as suas profundas consequências sociais, políticas e ideológicas. A industrialização e o progresso tecnológico trouxeram a evolução e a mobilidade social à sociedade brasileira, em todos os termos. De uma estrutura conservadora e predominantemente agrária do Brasil do início do século XX, passou-se para padrões predominantemente urbanos, com todo o ideário de mudanças, nas ideias e nos costumes, que emoldura esse quadro. A maioria da

¹¹⁹⁶ REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil, *in* Revista dos Tribunais, Ano 92, Volume 808, fevereiro/2003, p. 17.

¹¹⁹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil, *in* Revista de Informação Legislativa – Senado Federal, n. 141, janeiro/março – 1999, p. 100.

¹¹⁹⁸ KUHN, Thomas S. A Estrutura das Revoluções Científicas, Editora Perspectiva, 8ª Edição, pp. 220 e 221.

¹¹⁹⁹ *Idem*, p.159.

população passou a residir nos meios urbanos,¹²⁰⁰ com a natural alteração na mentalidade dominante, sobretudo pela influência dos modernos meios de comunicação.

É a realidade social de um mundo no qual as pessoas andam e viajam por toda parte, de forma incessante, quebrando fronteiras, consumindo, mudando hábitos e valores, importando culturas e buscando a realização dos seus sonhos e objetivos. Os homens saíram das suas terras e vieram para a cidade, perdendo seu espaço e seu tempo, sendo submetidos a um ritmo apressado de vida, com o bem-estar material desenhado no seu horizonte.¹²⁰¹ “Vão longe os tempos em que os cidadãos nasciam e morriam no mesmo lugar, casavam na mesma aldeia e trabalhavam em terras onde habitavam os pardais da sua infância.”¹²⁰²

As profundas alterações operadas no tecido social, no plano dos fatos e das ideias, mui especialmente na perspectiva da nova dimensão dos valores da solidariedade social, abriram novos horizontes ao sistema jurídico. Restaram superados os pressupostos individualistas que estiveram na base da elaboração da codificação de 1916, que já não respondiam suficientemente às aspirações do mundo contemporâneo, nos domínios do exercício da propriedade, da atividade empresarial e, de modo geral, nos setores da vida privada.¹²⁰³

Em face da nova realidade e da velocidade das mudanças, doutrina autorizada chegou mesmo a sinalizar com o declínio ou mesmo com o fim da era da codificação. Fatores diversos e adversos, como a industrialização, os movimentos sociais, o confronto das ideologias, a massificação social e a revolução tecnológica, teriam se constituído “em

¹²⁰⁰ Estima-se que em 1916 cerca de 70% da população vivia no campo, e que na atualidade houve uma inversão completa do percentual, com 70% da população residindo nas cidades, o que implica mudança de mentalidade, sobretudo pela influência dos modernos meios de comunicação. (Cf. Miguel Reale, *Visão Geral do Novo Código Civil*, in *Revista dos Tribunais*, Ano 92, Volume 808, fevereiro/2003, p.14.)

¹²⁰¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p.57.

¹²⁰² OLIVEIRA, Guilherme de. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Studya Jurídica* 64. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p.120. (A expressão do professor vem a propósito de um “Direito de Família Europeu.”)

¹²⁰³ REALE, Miguel. *Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil*, de 16 de janeiro de 1975, in *Novo Código Cívico – Exposição de Motivos e Texto Sancionado*, Senado Federal, Brasília – 2003, pp. 24 e 27.

arenas de exigências de liberdade e igualdade materiais e de emergência de novos direitos”, em face do que a codificação tornar-se-ia inadequada.¹²⁰⁴

As mudanças se impuseram à realidade política e social da sociedade de massas. A garantia da liberdade individual deixa de ser o primeiro e único valor da comunidade. A regra formal da liberdade não é suficiente para garantir a felicidade dos indivíduos e a prosperidade das nações, funcionando, ao contrário, como um fator de acirramento de antagonismos. A paz social, o bem-estar coletivo, a justiça e a própria liberdade não se realizam espontaneamente numa sociedade economicamente complexa, dividida, assimétrica e conflitual.¹²⁰⁵

Vive-se sob os auspícios da economia monetária, do mundo capitalista de livre iniciativa, que legitima o empreendedorismo e as regras de mercado, nos quais avulta em importância a propriedade dos bens de produção, mas a vontade da Constituição é que os valores da pessoa humana estejam sempre no proselênio. Deve predominar o social, a perspectiva da coletividade, sobre o meramente individual.

Na onipresença da mensagem constitucional, deve-se fugir, na interpretação e na aplicação da nova codificação, da lógica quantitativa da esfera econômica e da indeterminação do individualismo de massas.¹²⁰⁶ No novo tempo, o princípio da dignidade da pessoa humana não é uma mera abstração ou uma pura idealidade. Vigora como princípio jurídico através das normas positivas e se realiza mediante o consenso social que suscita, projetando-se na consciência jurídica constituinte da comunidade.¹²⁰⁷

Opera-se uma inversão do paradigma patrimonialista, conferindo-se destaque aos valores existenciais. As situações jurídicas existenciais devem ser o norte na avaliação concreta das relações patrimoniais, e nisso nem sempre se revela satisfatória a técnica tradicional da subsunção do fato à norma. Os diversos princípios jurídicos devem ser

¹²⁰⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto .Constitucionalização do Direito Civil, *in* Revista de Informação Legislativa – Senado Federal, n. 141, janeiro/março – 1999, p.102.

¹²⁰⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p.248. (As ideias do Professor Vieira de Andrade, expressas a partir da realidade lusitana, aplicam-se perfeitamente à realidade brasileira, porque informadas pela realidade social do século XX, de certo modo comum ao mundo ocidental.)

¹²⁰⁶ BARCELLONA, Pietro. Op. cit., p. 21.

¹²⁰⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 49.

considerados. Os valores incorporados ao texto constitucional devem conformar todo o sistema jurídico.¹²⁰⁸

E assim se apresenta o rosto moderno do direito civil, que “abre à pessoa, como condição da sua plena realização, amplos espaços de livre agir negocial, mas simultaneamente se deve mostrar atento à sua defesa contra todos os riscos que o viver social engendra”.¹²⁰⁹ As rigorosas categorias lógicas, tão caras à tradição pandectística, quando não devam ser desprezadas, devem andar juntas com os valores sociais. Como enfatiza Miguel Reale, superado o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do código anterior, reconhece-se “cada vez mais que o Direito é social em sua origem e no seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais”.¹²¹⁰

Há quem afirme que Código Civil de 2002 é fruto do direito social, de um movimento típico do Estado social, caracterizado pela atribuição de um papel humanizador ao direito, que passa a ter compromissos redistributivos e de justiça social.¹²¹¹ De toda forma, a sua face antropocêntrica, pela qual o sistema volta-se para a pessoa,¹²¹² deixa em plano secundário o conceitualismo e a lógica patrimonialista.

Nessa perspectiva — centralidade da pessoa no sistema —, o destaque é a inovadora (o código revogado não continha tais preceitos) inserção dos direitos da personalidade, e logo no átrio da parte geral, opção que, na expressão autorizada de Miguel Reale, evidencia uma transcendência do conceito de direito subjetivo. Avulta não mais “o sujeito de direito como titular de regras coercitivas encerradas, mas, ao contrário, a pessoa

¹²⁰⁸ RIBEIRO, Joaquim de Souza. Constitucionalização do Direito Civil, *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 74, 1998, p. 750; e MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *In* Direito, Estado e Sociedade, Volume 9, n. 29, julho – dezembro/2006, p. 234.

¹²⁰⁹ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Idem*, 755.

¹²¹⁰ REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, de 16 de janeiro de 1975, *in* Novo Código Cívico – Exposição de Motivos e Texto Sancionado, Senado Federal, Brasília – 2003, pp. 25-26.

¹²¹¹ TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, Constitucionalização e Descentralização no Direito Privado: O Código Civil ainda é útil?, *Revista de Direito Privado*, n. 27, Ano 7, junho/setembro/2006, Editora Revista dos Tribunais, p.233. (A afirmação traduz mais uma força de expressão, pois, como visto, o Direito, em si mesmo, é social em sua origem e no seu destino.)

¹²¹² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, Editora Renovar, 2ª Edição, 2003, pp. 210 e 231.

humana. A personalidade aí está para indicar a presença da pessoa humana como autoconsciência do indivíduo em si mesmo e nas suas relações com os outros”.¹²¹³

Mas não se trata de ideia nova, senão da sua inserção expressa no Código. Falando da reforma do Código Civil, conforme propunha o seu anteprojeto de 1963, destaca Orlando Gomes que as transformações que alteraram a fisionomia do direito civil, inserindo-se no ordenamento jurídico dos povos cultos, podem levar o legislador a supor que a sua impregnação social prenuncia a morte do indivíduo, cuja mortalha seria tecida pelos juristas.

Mas — adverte — isso não passa de um equívoco trágico. A subordinação dos direitos aos interesses superiores da coletividade bem como a sua conciliação com os ditames sociais “hão de cumprir-se mediante a extensão de garantias que assegurem ao indivíduo o pleno desenvolvimento de suas faculdades, porque afinal o que conta é o homem, que nêle está a raiz do mundo. Não é por acaso que os Códigos modernos reafirmam e ampliam os direitos da personalidade humana”.¹²¹⁴

Um dos pontos luminosos da engenharia da codificação é a técnica da cláusula aberta ou cláusula geral, pela qual o sistema recebe a oxigenação constante da dinâmica da realidade social, com o que se busca, outrossim, reverenciar um dos princípios básicos que orientaram a confecção da lei, o da eticidade, expresso no dever-ser que informa a circunstância social na qual se insere a pessoa.¹²¹⁵ Trata-se de um preceito que, diferentemente do que seria de se esperar num código, não tem por vocação dar uma solução plena e completa aos problemas observados, senão permitir, na busca da sintonia social da lei, nem sempre apreendida pela visão limitada do legislador na sua época histórica, modelos jurídicos compartilhados com os demais atores da cena jurídica.

¹²¹³ REALE, Miguel. A Parte Geral do Novo Código Civil, *in* Revista do Tribunal Regional Federal, 4ª Região, Ano 17, n. 60, p. 31.

¹²¹⁴ GOMES, Orlando. A Reforma do Código Civil, Publicações de Universidade Federal da Bahia, 1965, pp. 17-17.

¹²¹⁵ REALE, Miguel. A Parte Geral do Novo Código Civil, *in* Revista do Tribunal Regional Federal, 4ª Região, Ano 17, n. 60, p. 31; e e Visão Geral do Novo Código Civil, *in* Revista dos Tribunais, Ano 92, Volume 808, fevereiro/2003, pp. 13 – 14.

Consagrando, v.g., a função social da propriedade,¹²¹⁶ a função social do contrato,¹²¹⁷ ou a boa-fé objetiva,¹²¹⁸ o legislador propositadamente deixa sempre um espaço de liberdade para a participação da doutrina e da jurisprudência. Abre mão do rigorismo conceitual que historicamente informa a codificação, “a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos modelos legais”.¹²¹⁹

Ultrapassada que está a barreira dogmático-formalista tradicional, que pouquíssimas concessões fazia à equidade, à justa causa e à boa-fé, a nova codificação confere ao juiz, com as cláusulas abertas, “não só o poder de suprir lacunas, mas também para resolver (o problema), onde e quando previsto, de conformidade com os valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou inajustável à especificidade do caso concreto.”¹²²⁰

Ainda na seara da eticidade, outra mudança assaz paradigmática é a quebra da sinonímia entre juridicidade e licitude, na ideia de há muito consagrada na teoria geral do direito de que uma das manifestações do jurídico, e das mais fecundas, por mais paradoxal que isso possa parecer, é precisamente o ilícito. Atribui-se a Kelsen, rompendo com a teoria tradicional, que vê a norma jurídica como imperativa, em virtude da qual o ilícito, como um ato contrário ao direito, estaria logicamente fora do seu território, a inserção intrassistemática do fato ilícito, como condição da sanção,¹²²¹ como pressuposto que licencia a sanção.

Ao dizer, rompendo o misoneísmo, que “Também comete ato ilícito, o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim

¹²¹⁶ “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.” (Cf. parágrafo único do art.2.035.)

¹²¹⁷ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (Esses preceitos inovadores não existiam no Código Civil de 1916.)

¹²¹⁸ Na Parte Geral, dispõe o artigo 113 que “ Os negócios devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

¹²¹⁹ REALE, Miguel. A Parte Geral do Novo Código Civil, *in* Revista do Tribunal Regional Federal, 4ª Região, Ano 17, n. 60, p. 30; e Visão Geral do Novo Código Civil, *in* Revista dos Tribunais, Ano 92, Volume 808, fevereiro/2003, p.14.

¹²²⁰ REALE, Miguel. Comentários sobre o projeto de Código Civil brasileiro, Série Cadernos do Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários, n. 20, p.16.

¹²²¹ MACHADO NETO, Antonio Luiz. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito, Editora Saraiva, 6ª Edição, 1988, pp. 184 – 184. (Para o Prof. Machado Neto, os quatro modos essenciais do jurídico seriam a faculdade, a prestação, o ilícito e a sanção.)

econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (art. 187), o Código consagra um novo conceito de ilícito: “o conceito de ilícito que brota do valor da eticidade”. O sujeito de direito deixa de ser intocável no exercício das suas faculdades, e a acústica dessa concepção seguramente é maior na propriedade. O titular do direito não pode fazer o que bem entende, escudando-se na plenitude do seu caráter absoluto. O exercício do direito está subordinado aos interesses dos outros. O ilícito e a correspondente obrigação de indenizar podem surgir precisamente do exercício do direito próprio.

Característica marcante do espírito da nova codificação, por outro lado, é o princípio da socialidade, “vinculado à ideia de circunstância social em que se situa a pessoa humana”.¹²²² O sentido social é prestigiado em contraste com o sentido individualista que caracterizava as codificações jusracionalistas, em cujo estuário se punha, fiel às luzes do seu tempo, o Código Bevilacqua. Devem prevalecer “os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana”.¹²²³ Devem ser revistos, outrossim, nas consequências desse princípio, os direitos e deveres dos cinco personagens que protagonizavam o direito privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador.¹²²⁴

Outro instituto que germina e brota no campo da sociedade é o conceito de posse-trabalho, com implicações diretas nos prazos de usucapião, uma das manifestações do direito à propriedade. Já não se trabalha somente com as noções universais de posse de boa-fé e posse de má-fé, senão também com a natureza social¹²²⁵ da posse do bem imóvel, qualificada pelo trabalho produtivo e pela moradia habitual (posse *pro labore*), critérios sociais que passam a justificar a redução do prazo de usucapião.¹²²⁶

A novidade da posse-trabalho, expressão moderna da ideia lockeana de que o trabalho é o verdadeiro título da propriedade, em verdade de há muito já tivera assento

¹²²² REALE, Miguel. A Parte Geral do Novo Código Civil, in Revista do Tribunal Regional Federal, 4ª Região, Ano 17, n. 60, p. 31.

¹²²³ REALE, Miguel. Comentários sobre o projeto de Código Civil brasileiro, Série Cadernos do Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários, n. 20, p.15.

¹²²⁴ *Idem*, p.15.

¹²²⁵ REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil, in Revista dos Tribunais, Ano 92, Volume 808, fevereiro/2003, pp.14 e 15.

¹²²⁶ A posse-trabalho merece várias referências no Código, servindo de exemplo a redução de quinze para dez anos no prazo da usucapião extraordinária, nos termos do parágrafo único do art. 1.238: “O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.”

constitucional no Brasil. A Constituição de 1934 previa a usucapião de área rural de até dez hectares, se o ocupante, por dez anos contínuos, sem oposição ou reconhecimento de domínio alheio, nela tivesse moradia e a tornasse produtiva pelo seu trabalho (art. 125). Diferente não acontecia com as Constituições de 1937 (art. 148) e com a Constituição de 1946, esta ampliando a dimensão da gleba usucapível para vinte e cinco hectares (art. 156, § 3º) e posteriormente para cem, pela EC n. 10, de 9 de novembro de 1964, preceito que ingressou no Estatuto da Terra, mas sem previsão de dimensão (art. 98). Não tratou do assunto a Constituição de 1967 e a EC n. 1, de 1969, mas a Constituição de 1988 retomou a tradição, recolocando a posse-trabalho como fator de usucapião (art. 191), dali migrando o instituto para o Código Civil de 2002.

Têm-se, assim, as manifestações do comprometimento axiológico da nova codificação, em cuja égide a propriedade funcionalizada, reduzida na amplitude dos poderes do titular privado,¹²²⁷ submete-se, como o direito privado em geral, ao paradigma da “despatrimonialização” em razão da prioridade que a Constituição confere à pessoa humana, à sua dignidade, à sua personalidade e ao seu livre desenvolvimento. A cláusula geral de tutela da pessoa humana privilegia os valores existenciais quando eles estiveram, e sempre que estiverem, em testilha com os valores patrimoniais.¹²²⁸

Mas a cognominada “despatrimonialização” do direito civil, em consequência da sua constitucionalização, precisa ser entendida nos seus devidos termos, sem engajamento desnecessário. O Código Civil não é a lei global das relações entre particulares, mas é a lei básica das atividades da autonomia privada. No gênero, não perde a sua condição de eixo do direito privado naquilo que não seja tratado pela Constituição, que não é o *locus* da relação interprivada.

Na dicção de Perlingieri, a expressão “despatrimonialização” representa uma tendência normativo-cultural pela qual no ordenamento jurídico aos poucos vai se concretizando uma opção entre personalismo, como superação do indivíduo, e patrimonialismo, enquanto superação da patrimonialidade como fim em si mesma. Do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores. Mas, adverte com lucidez e

¹²²⁷ FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil, Editora Renovar, 2ª Edição, 2003, p. 209.

¹²²⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de . A Caminho de um Direito Civil Constitucional, in Revista de Direito Civil (Imobiliário, Agrário e Empresarial), ano 17, julho/setembro/1993, pp. 26 e 28.

realismo, com isso “não se projeta a expulsão e a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável”.¹²²⁹

Busca-se, sim, avaliar qualitativamente o momento econômico e a disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo, e não “humilhar” a aspiração econômica. Busca-se, enfim, atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Os institutos patrimoniais, posto que sempre vocacionados a adequar-se aos novos valores, na passagem de uma jurisprudência civil de interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais, não são inalteráveis. Submetem-se sempre a novas leituras.

O direito civil — arremata — deve ser reconstruído menos com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais e mais com uma tutela qualitativamente diversa. A tarefa do Estado não é tanto a de impor aos cidadãos um interesse superior, senão a de realizar os direitos fundamentais e de favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa, removendo os obstáculos que impedem a participação de todos na vida do Estado. Retorna-se, assim, às origens do direito civil como direito dos cidadãos, titulares de direitos frente ao Estado.¹²³⁰

3.5 A Constituição e os Direitos Econômico-Sociais – A Propriedade como Direito de Prestação Positiva

Com o constitucionalismo moderno, a propriedade é declarada direito fundamental da pessoa humana e garantia inviolável e sagrada da liberdade individual. A finalidade de toda organização política, declarou a Assembleia Nacional francesa em 1789, sob os auspícios do Ser Supremo, é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem — a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão —, não tendo

¹²²⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, 2ª Edição, tradução de Maria Cristina De Cicco, Editora Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2002, p. 33.

¹²³⁰ *Idem*, pp. 33, 54 e 55.

constituição a sociedade que não assegure a separação dos poderes e a garantia dos direitos.¹²³¹

O fim do Estado liberal atrela-se à proteção da liberdade individual. O Estado “é tanto mais perfeito quanto mais permite e garante a todos o desenvolvimento da liberdade individual”.¹²³² Já se anotou, na expressão de Vieira de Andrade, que os direitos fundamentais, que vieram a lume com as revoluções liberais, são concebidos basicamente como liberdades, “como esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado, a quem se exige que se abstenha, quanto possível, de se intrometer na vida económica e social, como na vida pessoal”.¹²³³

A propriedade, nesse cenário, afigura-se muito mais do que um conteúdo de um direito fundamental, para manifestar-se como uma condição objetiva e uma garantia de liberdade, em cuja retaguarda está a segurança como um pressuposto da liberdade. O Estado não pode se imiscuir na vida de cada um, mas tem de existir para o desempenho de suas funções básicas, de garantia da defesa e da segurança da nação e dos cidadãos.

Liberdade, segurança e propriedade constituem o lema da construção liberal da sociedade política. Os direitos fundamentais são vistos, em primeiro, como liberdades, incumbindo aos seus titulares a determinação dos seus conteúdos, e, em segundo, como garantias, para que seja assegurada, em termos institucionais, a não intervenção dos poderes públicos. Assim se situa a propriedade como direito de defesa dos indivíduos em face do Estado.¹²³⁴

Não incumbe ao Estado estabelecer o que fazem os cidadãos, senão garantir para cada um uma esfera de liberdade na qual possa desenvolver as suas habilidades e talentos. O Estado tem o dever de remover os obstáculos que se antepõem a cada indivíduo na busca do seu bem-estar, pelas suas próprias capacidades e meios, mas não lhe compete o papel de agente promotor do bem-estar social.¹²³⁵

¹²³¹ Assim foi declarado pelos representantes do povo francês, constituídos em Assembleia Nacional, nos artigos 2º e 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

¹²³² BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, 2ª Edição, Editora Universidade de Brasília (tradução de Alfredo Fait), p. 132.

¹²³³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 51.

¹²³⁴ *Idem*, pp. 52-53.

¹²³⁵ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, 2ª Edição, Editora Universidade de Brasília (tradução de Alfredo Fait), p. 133.

Eis o ponto nodal: não compete ao Estado a promoção do bem-estar social das pessoas, encerradas nas suas cidadelas de liberdade, cujos muros são constituídos pelo direito de propriedade. Dá-se, entretanto, que as transformações sociais e econômicas — e nisso é decisivo o processo de industrialização — quebram o encanto liberal de uma sociedade homogênea e pacífica. Desaba a visão mágica de que o homem se rege somente pela esfera individual da sua autonomia.

A consciência social, quando não indique o contrário, aponta para um cenário radicalmente alterado. Pulverizado na sociedade, o homem é envolvido cada vez mais em estruturas intermediárias como a fábrica, o sindicato, o partido e os meios de comunicação, que lhe ditam as ideias, os produtos prontos a consumir e sobretudo uma visão de mundo. A harmonia liberal é destruída pelo aparecimento de preferências diversas e às vezes radicais.

Não chegou ao homem o melhor dos mundos acenado pela liberdade individual e pela concorrência econômica, senão injustiças sociais flagrantes. A liberdade contratual trouxe como efeito colateral grave a exploração social. A corrida das pessoas aos centros urbanos, efeito direto da falência das estruturas sociais tradicionais, tornou insuficientes, pelo crescimento e pela complexidade da demanda, os sistemas familiares, religiosos e mutualistas, dos quais se socorria o indivíduo nas adversidades da doença, da velhice e da pobreza.

Por outro lado, e como já se ressaltou, a democratização leva a que o poder político seja reivindicado também pelas classes não proprietárias, o que afeta os direitos fundamentais e faz sobressair as garantias de igualdade no contexto das relações indivíduo-Estado. Insatisfeitos com a ordem injusta com a qual a abstenção do Estado tinha consentido, os indivíduos reivindicam do Estado uma intervenção mais efetiva na transformação das estruturas sociais.¹²³⁶ Observe-se, por oportuno, que a expressão *direito a prestações*, que exprime o oposto do conceito de direito de defesa, expressa, na maioria das vezes, “a ideia de um direito a algo que o titular do direito poderia obter de outras

¹²³⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., pp. 54, 55 e 57-58.

peças privadas se dispusesse de meios financeiros e se houvesse no mercado uma oferta também suficiente”.¹²³⁷

A interdependência, a solidariedade, o intervencionismo e a socialização alteram o sistema de direitos fundamentais, originando uma nova categoria. Surgem na cena do mundo os direitos fundamentais de segunda geração, os chamados direitos sociais, culturais e econômicos, que germinaram no solo da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX, que passam a ser introduzidos no constitucionalismo¹²³⁸ das distintas formas do Estado social.¹²³⁹

O Estado, em face dos novos desafios, é compelido a tomar medidas de planejamento econômico e social, com intervenções diretas na economia, criando um sistema de prestações nas várias áreas da vida social, expressas em comportamento estatais positivos que espelham os direitos sociais — v.g., direito à habitação, direito à saúde, direito à segurança social, direito à educação, direito à proteção dos jovens e dos idosos. Os direitos sociais são exercitáveis pela organização de um sistema estatal prestacional e pelo implemento de políticas públicas que levam ao acesso a tais direitos fundamentais.¹²⁴⁰ Numa mudança de paradigma, não se trata de direitos contra o Estado, senão de direitos através do Estado.¹²⁴¹

É o Estado social, em cujos domínios perde densidade e encanto a crença liberal individualista na constituição.¹²⁴² Num apelo para uma democracia econômica e social,¹²⁴³ os regimes constitucionais, para realizar o Estado social de Direito, passam a consagrar um

¹²³⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Malheiros Editores, 2008 [tradução de Virgílio Afonso da Silva], p. 442.

¹²³⁸ A compreensão dos direitos fundamentais de primeira geração entronca-se no movimento histórico do constitucionalismo, expressão sistematizada do conceito de democracia liberal, que reivindica a segurança jurídica negada pelo absolutismo e buscava fundamentalmente assegurar a divisão de poderes e a garantia de direitos. Mas, em virtude das forças sociais, convulsionadas sobretudo pelas duas Grandes Guerras, também os direitos fundamentais de segunda geração, que reivindicam prestações positivas do Estado, passaram a incrustar-se no constitucionalismo do Estado social. (Cf. Paulo Gustavo Gonet Branco, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, 1ª Edição, Editora Brasília Jurídica Ltda., 2002, pp. 107 – 110.)

¹²³⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 19ª Edição, Malheiros Editores, 2006, p.564.

¹²⁴⁰ Foram as Constituições do México, de 1917, e da República de Weimar, em 1919, as primeiras Constituições ocidentais que deram relevo geral aos direitos sociais.

¹²⁴¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p.59.

¹²⁴² MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Coimbra Editora, Tomo I, 4ª Edição, 1990, p. 92.

¹²⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina, 7ª Edição, 2003, p.348.

capítulo específico sobre os direitos sociais, culturais e econômicos, cuja função precípua consiste em reconstruir as condições materiais e culturais nas quais vivem as pessoas de fato, além dos umbrais de uma liberdade formal, que cuida do indivíduo abstrato, desprovido da sua individualidade concreta.

No Brasil, já se sabe, a era constitucional dos direitos sociais foi inaugurada com a Constituição de 1934, tida como o marco inicial do Estado social no País, conquanto o texto constitucional, ao enumerar os primeiros direitos sociais de prestação, não tenha a explicitude nominal da atual Constituição. De toda forma, como a Constituição regula a ordem econômica e social, inaugura-se juridicamente o Estado social de Direito no Brasil, que pautou as constituições seguintes.¹²⁴⁴ Fato histórico, ali, é também a instituição da Justiça do Trabalho, para dirimir as questões entre os empregadores e empregados, regidas pela legislação social (art. 122).

Dispõe a Constituição de 1934 que “A ordem economica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade economica”. (art.115). Na sequência, afirma competir ao Estado, nos três níveis, *v.g.*, o amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais; o amparo à maternidade e à infância; o socorro às famílias de prole numerosa; e a proteção da juventude contra toda exploração e contra o abandono físico, moral e intelectual (art. 138).¹²⁴⁵

A Constituição de 1937, ao contemplar a ordem econômica, silenciou sobre a ordem social.¹²⁴⁶ Mas a Constituição de 1946, sobre voltar a contemplar a ordem econômica e social, dispondendo que a ordem econômica “deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano” (art. 145), contemplou, na perspectiva de prestações sociais positivas, a assistência sanitária (hospitalar e médica preventiva) ao trabalhador e à gestante, a assistência aos

¹²⁴⁴ Faz-se exceção à Constituição de 10 de novembro de 1937, do Estado Novo, decretada pelo Presidente Getúlio Vargas, que, eleito pela própria Assembleia Nacional Constituinte de 1934, para um mandato constitucional de quatro anos, conforme previsão do art. 1º das Disposições Transitórias da Carta de 1934, dissolveu a Câmara e o Senado e revogou a Carta de 1934!

¹²⁴⁵ Ressalvem-se, por outro lado, alguns direitos trabalhistas, como o salário mínimo, as férias, a jornada de oito horas diárias e o descanso semanal (art. 121).

¹²⁴⁶ Confirmam-se os artigos 135 *usque* 155.

desempregados e a previdência, com contribuição (inclusive) da União, contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte (art. 157, XIV, XV e XVI), além do direito de todos à educação (art.166).

A Constituição de 1967, da mesma forma, abriga o título da ordem econômica e social, com previsões assemelhadas, porém ainda tímidas no avanço do Estado social, quanto à assistência aos trabalhadores e ao direito de todos à educação, na mesma linha se pautando a EC n. 1/69.¹²⁴⁷ A Constituição de 1988 é que, avançando longe em território social e em refinamento, embora não necessariamente em eficácia, é que expressamente relaciona como direitos sociais, sem prejuízo de um grande elenco de direitos trabalhistas, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (art. 6º).

Em análise do caso português, porém válida para o cenário brasileiro, destaca Canotilho que, posta a previsão constitucional, busca-se saber se os direitos a prestações do Estado são verdadeiros direitos subjetivos, justiciáveis e acionáveis, segundo os modelos clássicos do direito subjetivo, como técnicas jurídicas do liberalismo econômico, e sinaliza que a resposta é insatisfatória em face das análises tradicionais. Mas adverte, para essas hipóteses, que o ponto fundamental não será propriamente o de reconhecer um direito por existir um dever exigível (*ubi remedium ubi jus*), senão o de garantir que onde exista um direito social há que se reconhecer o dever correspondente e a forma de o exigir (*ibi jus ibi remedium*).¹²⁴⁸

O direito às prestações existenciais mínimas, como dimensão indeclinável do direito à vida é correlativo, pois implica o dever (*duty*) do Estado em propiciá-la. A ideia de correlatividade (direito → dever) não implica, todavia, que haja o direito de ação perante os poderes públicos. Diferentemente do que ocorre no direito à vida na sua dimensão negativa (não matar, não ser morto), registra-se na sua dimensão positiva (impedir de matar) um relativo espaço de discricionariedade do legislador quanto à escolha dos meios para tornar efetivo o direito à vida na sua dimensão existencial mínima.¹²⁴⁹

¹²⁴⁷ Confirmam-se, na Carta de 1967, os artigos 157, 158, incisos XV, XVI e XVII, e 168; e, na Emenda Constitucional n. 01/69, os artigos 160, 156, incisos XV e XVI, e 176, *caput*.

¹²⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, 2004, pp. 45 e 47.

¹²⁴⁹ Idem, pp. 57-58.

Não é muito diferente a visão de Jorge Miranda, ao acentuar, de uma parte, que “a totalidade (ou a quase totalidade) dos direitos sociais é contemplada em normas programáticas”, que têm de ser seguidas não somente de lei como também de modificações econômicas, sociais e administrativas, para que haja “um ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível”, e, de outra parte, que a constituição “não dispõe de um regime sistemático explícito dos direitos econômicos, sociais e culturais homólogo dos direitos, liberdades e garantias”, dada a novidade e heterogeneidade e também em razão da menor experiência jurisprudencial e elaboração dogmática em seu derredor.¹²⁵⁰

Afigura-se oportuna no ponto, pela sua percuciência, a reflexão de Dworkin, segundo a qual a instituição dos direitos contra o Estado não é um presente de Deus, e sim uma prática complexa que torna cada vez mais difícil a prática governamental de assegurar o bem-estar geral. A tarefa de levar os direitos a sério pressupõe o compromisso com uma ou duas ideias importantes: a ideia vaga, mas poderosa, de dignidade humana, associada a Kant, de que existem maneiras de tratar o homem incompatíveis com o seu reconhecimento como um membro pleno da comunidade humana; e a ideia de igualdade política, à luz da qual os membros mais frágeis da comunidade política têm direito à mesma consideração e ao mesmo respeito que o governo concede a seus membros mais poderosos.¹²⁵¹

Quando a Constituição de 1988 relaciona a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados como direitos sociais, a sua linguística não gera de logo posições jurídicas exigíveis à moda clássica do direito subjetivo (*jus et obligatio correlata sunt*). O Judiciário pode, e de fato tem feito isso com frequência, exercer um papel proativo na implementação de certos direitos sociais — *v.g.*, fornecimento de medicamentos não constantes das listas dos órgãos de saúde, tratamento médico em centros especializados até mesmo no exterior —, mas isso não passa de atuação pontual, nas bordas do sistema, e de resto com o inconveniente da interferência leiga do juiz nas políticas públicas sociais, que impescindem de planejamento e da participação de agentes especializados.

¹²⁵⁰ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Coimbra Editora, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 1988, pp. 105 e 336-337.

¹²⁵¹ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, Martins Fontes (tradução de Nelson Boeira), São Paulo, 2002, pp. 304 e 305.

Mas o lado real da questão, vista numa perspectiva de sistema, é aquele expresso nas palavras de Canotilho, de todo aplicáveis ao panorama brasileiro dos direitos sociais: as posições jurídicas prestacionais, concretizadas pontualmente aqui e ali, são ainda claudicantes, como se estivessem (substancial e processualmente) *in fieri*, considerando-se que a sua otimização pressupõe sempre uma reserva econômica do possível, reserva que os órgãos e poderes públicos interpretarão e densificarão segundo os modelos político-econômicos dos seus programas de governo.¹²⁵²

Considerando o aspecto inexorável de que os direitos sociais custam muito dinheiro, Peter Häberle formulou, no começo da década de 1970, a ideia da “reserva das caixas financeiras”, para exprimir a contingência de que os direitos econômicos, culturais e sociais submetem-se à reserva das capacidades financeiras do Estado, na medida em que consistirem em prestações financeiras sob a responsabilidade dos cofres públicos. A partir daí, a “reserva do possível” “logrou centralidade dogmática a ponto de obscurecer quaisquer renovamentos no capítulo dos direitos sociais .”¹²⁵³

Na busca de respostas para contornar o impasse, ou para com ele conviver com razoabilidade, Canotilho arrola quatro possíveis significados para a “reserva do possível”, mas alerta que não devem ser considerados como dogmas contra os direitos sociais: a) total desvinculação do legislador quanto à dinamização — densificação, eficácia — dos direitos sociais constitucionalmente consagrados; b) “tendência para zero” da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais; c) gradualidade com dimensão lógica e necessária à concretização dos direitos sociais, tendo em conta, sobretudo, os limites financeiros; e d) impossibilidade de revisão judicial (insindicabilidade) das opções legislativas sobre a densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras dos direitos sociais.

Conquanto reconheça parcelas de verdade em cada uma das proposições, obtempera que é preciso fazer ponderações e reflexões relativizadoras, na linha de que o recorte jurídico-estrutural de um direito fundamental não pode nem deve confundir-se com a questão do seu financiamento; e que a “reserva do possível” coloca graves questões de

¹²⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, 2004, p. 52.

¹²⁵³ *Idem*, p. 107.

financiamento, mas não conduz ao “grau zero” de vinculatividade jurídica das normas constitucionais que consagram os direitos sociais.¹²⁵⁴

Isso, porém, não obsta nem é incompatível com a ideia central de que os direitos sociais prestacionais, enquanto titularidades de lastro patrimonial (econômico e financeiro), possam ser reconduzidos à concepção genérica de propriedade,¹²⁵⁵ como uma relação de pertinência entre a coisa (utilidades materiais e imateriais) e a pessoa, que ocorre e se identifica em todas as situações jurídicas patrimoniais, de dimensão material ou imaterial, direitos reais ou direitos obrigacionais. Em outros termos, que os direitos sociais prestacionais sejam reconhecidos, nos segmentos de pretensão e de concretização, em potencial ou efetivamente, com a sua verdadeira identidade: formas de manifestação do direito de propriedade.

Ainda que isso possa parecer muito estranho ao senso comum da sociedade, e quiçá iconoclástico a muitos juristas, recolhidos culturalmente, ambos, ao arquétipo conceitual da propriedade corpórea, que tem a seu favor como que uma carta de cidadania, o fato é que constituem os direitos sociais, vistos na essência da sua patrimonialidade de obrigações de fazer e de dar, formas (anômalas ou regulares) de manifestação do direito de propriedade em sentido genérico; ou, como também se afirma, “formas defectivas de propriedade”.¹²⁵⁶ Propriedade, na referida reflexão de Paolo Grossi, em essência “é sempre um mínimo de pertencimento, de poderes exclusivos e dispositivos conferidos a um determinado sujeito pela ordem jurídica.”¹²⁵⁷

Embora o espírito da propriedade imobiliária — a parte com a pretensão do todo — ronde o ambiente da análise e intimide a conclusão, é inegável que direitos sociais tipificam manifestações genéricas da propriedade, conceito que é predominantemente objetivo e de

¹²⁵⁴ *Idem, ibidem*, pp. 107-111.

¹²⁵⁵ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV (Direitos Fundamentais), Coimbra Editora, 1988, p. 434.

¹²⁵⁶ ROSENFELD, Denis Lerrer. Reflexões sobre o Direito à Propriedade, 3ª Tiragem, Elsevier – Campus Jurídico, 2008, p. 146.

¹²⁵⁷ GROSSI, Paolo. História da Propriedade e Outros Ensaio, tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca, Livraria e Editora Renovar Ltda., 2006, p. 6.

natureza econômico-jurídica e que expressa uma relação de vinculação, uma relação de pertinência entre a coisa (em sentido genérico) e a pessoa.¹²⁵⁸

A propriedade, como direito fundamental, não se limita à primeira dimensão, liberal-individualista, de propriedade direito de defesa, identificada na expressão clássica “direito de propriedade”, incorporado ao patrimônio jurídico do titular e garantido pela Constituição brasileira não somente como direito subjetivo inviolável (art. 5º, *caput*) mas também e principalmente como instituto jurídico, posto que imune ao poder constituinte derivado (art. 60, § 4º, IV).

Muito diversamente, a propriedade pode consubstanciar também um direito fundamental de segunda geração, do bloco dos direitos sociais, econômicos e culturais, que dominaram a cena constitucional do século XX, ainda que deles se diga — e isso não tem relevância neste segmento, no qual se cuida mais de compreensão conceitual e menos de eficácia — que passaram (e passam) por um ciclo de baixa normatividade e de eficácia duvidosa, na medida em que as prestações materiais, não obstante qualificadas pela dignidade constitucional, não se afiguram sempre resgatáveis em face da limitação dos meios estatais,¹²⁵⁹ configurando-se mais como direitos de quota-parte em relação aos serviços existentes.¹²⁶⁰

A propriedade, portanto, também se manifesta como direito fundamental de prestação positiva, identificada na expressão “direito à propriedade”, que pode se manifestar no mecanismo dos direitos sociais de prestação positiva e em situações jurídicas outras, as mais diversas, componentes, como se verá adiante, de uma reserva material de bens que substancia em concreto a dignidade humana, identificada, até que se chegue ao nome de consenso, por expressões como “mínimo existencial”, “propriedade mínima”, “mínimo de subsistência”, “patrimônio mínimo” e quejandas.

Há quem entenda, porém, que a problemática do mínimo existencial não se confunde com os direitos sociais, na medida em que estes, que se distinguiriam dos direitos fundamentais pelo fato de dependerem de concessões do legislador, por não gerarem *ipso*

¹²⁵⁸ TOBEÑAS, Jose Castan. Derecho Civil Español Comum y Foral, 10ª Edição, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1964, II, pp. 64-65.

¹²⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 19ª Edição, Malheiros Editores, 2006, p. 564.

¹²⁶⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 59.

facto prestações positivas do Estado e por não serem oponíveis *erga omnes*, subordinam-se somente à ideia de justiça social.¹²⁶¹

O acesso à propriedade, ou o direito à propriedade, que opera de forma difusa no sistema jurídico, sob mecanismos os mais diversos, alguns deles com apelidos de institutos consagrados na civilística, e que não tem o prestígio psicológico nem o refinamento técnico-legal do direito de propriedade, o direito subjetivo por excelência, é garantido potencialmente a todos — pobres, ricos ou remediados —, nos domínios da livre iniciativa e da autonomia privada, mas consubstancia também um direito fundamental social, cuja acústica é mais ouvida naquela dimensão material sem a qual não pode existir uma subsistência humana digna.

Há uma tensão dialética constante entre as duas situações, como se fora o anverso e o verso da efetividade do pertencimento patrimonial. O direito à propriedade, uma vez positivado tecnicamente, converte-se linguística e legalmente no direito de propriedade, garantia inarredável da liberdade humana. O direito de propriedade, por sua vez, nas naturais mutações institucionais do sistema — *v.g.*, as transferências ocultas e distributivas de propriedade, a cargo do Estado, pelo mecanismo dos tributos, que aparecem muito na realização dos direitos sociais —, pode reconverter-se em formas de direito à propriedade, que operam de forma silenciosa nas entranhas do sistema.

Registra-se o mesmo fenômeno — reconversão dialética do direito de propriedade em direito à propriedade —, de forma menos silenciosa, quando o direito de propriedade, flagrado no uso afrontoso à sua função social, e mesmo quando identificado em concreto como instrumento abusivo de exercício do poder sobre os outros, ou de exclusão social, desencadeia (ou pode desencadear) processos técnicos sistêmicos de destruição da titularidade atual, à semelhança de doença autoimune, como sucede, *v.g.*, nas diversas hipóteses de usucapião.

O direito subjetivo de propriedade, por outro turno, garantido constitucionalmente sem limitação no sistema capitalista, pode transformar-se num instrumento de opressão — *v.g.*, um latifúndio improdutivo, uma área urbana mantida de forma especulativa numa cidade com problemas graves de moradia social, o capital financeiro volátil e predatório

¹²⁶¹ TORRES, Ricardo Lobo. Os Direitos Humanos e a Tributação (Imunidades e Isonomia), Livraria e Editora Renovar Ltda, 1995, pp. 135-136.

que povoa os mercados — e ser institucionalmente funcionalizado à satisfação do direito de acesso à propriedade. (Figurem-se os vários casos de desapropriação por interesse social, sobretudo para fins de reforma agrária, e a extrafiscalidade do IPTU progressivo para atender à função social da propriedade.)

O pensamento lockeano, que está na base do constitucionalismo liberal, justificava o direito de propriedade privada “na exigência natural de subsistência do indivíduo, e na especificação por ele dada a determinada coisa pelo seu trabalho, enquanto força emanada do seu corpo, que representa o que há de mais próprio em cada pessoa”,¹²⁶² justificativa — subsistência da pessoa e da sua família — que se transformou, ao longo do século XVIII, na garantia fundamental da liberdade do cidadão contra as imposições do Estado,¹²⁶³ convertendo-se a esfera proprietária individual numa cidadela privada interdita às intromissões do poder público.

Segundo a reflexão de Benjamin Constant, escrita em 1815, e que deve ser lida com as lentes de hoje:

Em nossas sociedade atuais, o nascimento no país e a maturidade etária não bastam para conferir aos homens as qualidades próprias ao exercício dos direitos de cidadania. Aqueles que a indigência retém numa eterna dependência (...) não são nem mais esclarecidos que as crianças sobre os negócios públicos (...). É necessária portanto uma condição além do nascimento e da idade prescrita pela lei. Essa condição é o tempo indispensável à aquisição das luzes, à retidão do juízo. Somente a propriedade proporciona esse tempo; somente a propriedade torna os homens capazes do exercício dos direitos políticos.¹²⁶⁴

Não obstante a inibição do imaginário jurídico em decorrência do prestígio incontrastado que o direito subjetivo de propriedade, expresso sobretudo na propriedade dos bens de raiz como fonte de poder pessoal e político, experimentou ao longo da história

¹²⁶² COMPARATO, Fabio Konder. Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários) do Conselho da Justiça Federal, Volume 1, Número 3, dezembro/1997, p. 94.

¹²⁶³ *Idem*, p. 94.

¹²⁶⁴ CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política (tradução de Eduardo Brandão), Livraria Martins Fontes Editora Ltda., São Paulo, 2005, p. 56.

ocidental — a classe proprietária deu o aval à transição do absolutismo para o governo representativo¹²⁶⁵ —, o fato é que a perspectiva institucional deixa evidente, como direito fundamental, o direito de cada indivíduo do acesso aos bens indispensáveis à sua subsistência.

No sentido da premissa, há o direito constitucional de cada cidadão à propriedade, como apanágio da sua dignidade e que, no desdobramento lógico, justifica a atitude política reivindicatória. A ordem jurídica, mercê do preceito constitucional que garante o direito de propriedade, protege tanto aqueles que já têm titularidades patrimoniais, os atuais proprietários, ainda que com maior visibilidade e ressonância institucional, como também os futuros e potenciais proprietários.¹²⁶⁶

Os juristas, imersos na dogmática, “pagos para desempenhar o papel de sacerdotes do culto legislativo”,¹²⁶⁷ podem achar estranha ou equivocada a conclusão, e mesmo incompatível com os seus paradigmas.¹²⁶⁸ Todavia, vistas as coisas com lentes mais precisas e afastada a “exclusividade” conceitual da propriedade construída sob o modelo fundiário, outra não pode ser a compreensão.

3.6 A Titularidade de um Aporte Vital de Bens e sua Sustentabilidade Jurídico-Constitucional

É uma contingência que os homens necessitam de alimentação, de vestimentas e de abrigo; e, por outro lado, é uma evidência que essas titularidades não estão disponíveis com uma abundância ilimitada, sendo, pelo contrário, escassas e limitadas, tendo os alimentos de ser cultivados ou coletados diretamente da natureza e os abrigos construídos pelo

¹²⁶⁵ COMPARATO, Fabio Konder. Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários) do Conselho da Justiça Federal, Volume 1, Número 3, dezembro/1997, p. 95.

¹²⁶⁶ *Idem*, p. 95.

¹²⁶⁷ GROSSI, Paolo. Primeira Lição sobre Direito, Editora Forense, 1ª Edição, 2006 (tradução de Ricardo Marcelo Fonseca), p. 4.

¹²⁶⁸ O sistema jurídico consagra situações ditas residuais que, mesmo de forma distante, mostram que o lado interno do sistema contém difusamente o direito à propriedade, como ocorre nas construções penais do furto famélico e da excludente de criminalidade do estado de necessidade.

esforço e pelo trabalho do homem. A vida do homem não seria possível sem o domínio da natureza.¹²⁶⁹

Por vários pensadores, valem lembradas as reflexões de Rousseau de que nenhum cidadão deve ser assaz opulento que possa comprar o outro, e nem tão pobre a ponto de ser constrangido a vender-se, o que supõe, da parte dos grandes, moderação nos bens e no crédito e, da parte dos pequenos, moderação na avareza e na cobiça;¹²⁷⁰ de que a ideia de propriedade depende de muitas ideias anteriores que só puderam nascer sucessivamente, não se formando de uma só vez no espírito humano; e de que “o primeiro sentimento do homem foi o de sua existência, seu primeiro cuidado, o de sua conservação.”¹²⁷¹

É também de Rousseau, cujas ideias, voltadas contra as injustiças da sua época, expandiram-se nos objetivos da revolução francesa de 1789, a célebre passagem sobre a fundação da sociedade civil, em seu já referido “Discurso sobre a origem e fundamentos da desigualdade entre os homens” (1754), nestes termos:

O primeiro que, tendo cercado um terreno, atreveu-se a dizer: *Isto é meu*, e encontrou pessoas simples o suficiente para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassínios, quantas misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, houvesse gritado aos seus semelhantes: “Evitai ouvir esse impostor. Estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não é de ninguém”.¹²⁷²

Conquanto afirme Rousseau que a propriedade não é mais que uma convenção e uma instituição humana, a sua constatação de que o primeiro sentimento do homem foi o de sua existência e seu primeiro cuidado o de sua conservação traduz, no limite, a ideia germinal de que o acesso a um aporte vital de bens constitui uma exigência da ordem natural que, em lenta evolução, veio a moldar as leis positivas; ou, se assim for preferido, uma titularidade de direito natural, segundo a natureza das coisas, expressão que muitas

¹²⁶⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. Op. cit., p. 212.

¹²⁷⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social, Editora Martin Claret, 2001, Capítulo XI, p. 59.

¹²⁷¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Tradução de Maria Ermantina Galvão, Martins Fontes, São Paulo, 2005, pp. 203 – 204.

¹²⁷² *Idem*, p. 203.

vezes não passa de um simples bordão, mas que de modo geral traduz a pretensão de que o direito se aproxime da realidade, que o dever ser jurídico promane e se inspire no ser das coisas.

Observa Mário Chorão que a lei natural, que rege os atos de justiça na vida social, constitui propriamente o que se chama de direito natural, ou a necessária adequação da ordem jurídica à natureza das coisas, sobretudo à realização das finalidades humanas essenciais; que a lei exige a prévia leitura da ordem do ser, devendo-se auscultar a íntima realidade das coisas antes da sua ordenação jurídica; e que a noção de natureza das coisas sofreu um esvaziamento metafísico e entrou em crise com o jusracionalismo, que, partindo de uma atitude antropocêntrica, tende a fazer do homem a medida de todas as coisas, o que acarretou a perda do fundamento ontológico e racional da moral e do direito, abrindo um abismo entre o dever-ser e o ser.

Mas, adverte, embora o princípio da falácia naturalista afirme que é impossível deduzir normas — proposições deonticas, juízos de valor — da natureza, a ideia de natureza das coisas não desapareceu do pensamento moderno. Sua renovação, mais recentemente, tem afirmado que existe uma ordem ou legalidade objetiva imanente à realidade, que a ordem jurídica há de respeitar e, de alguma sorte, refletir.¹²⁷³

Estudando o direito dos povos sem escrita, consigna John Gilissen que, assim como o homem está ligado misticamente aos membros do seu clã, sente-se ele ligado do mesmo modo a certos objetos e que a sua individualidade vai além do seu corpo físico. Tudo o que fez parte do seu corpo físico e que dele foi separado fisicamente continua a identificar-se com ele. Do mesmo modo, tudo o que vai identificar-se com o seu corpo a ele pertence, como o fruto que colheu para a sua alimentação e, por extensão, a arma que fabricou para se defender, ou a canoa que lhe serve na pesca. E ainda que, sob o aspecto da participação mística das coisas no ser humano, as formas de propriedade pessoal apresentam-se como pertenças.¹²⁷⁴

Já foi consignado que a visão de mundo que se colhe dos documentos políticos internacionais, que deita raízes no direito natural e que foi anunciada à consciência do

¹²⁷³ CHORÃO, Mário Bigotte. *Temas Fundamentais de Direito*, Livraria Almedina, Coimbra, 1986, pp. 112, 117 e 120.

¹²⁷⁴ GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 43-44.

mundo pela doutrina social do catolicismo, é a de que a propriedade é um direito inerente a toda pessoa, um direito natural imprescritível do homem, tendo a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, disposto, no seu art. 25, que:

“Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora do seu controle.”

Independentemente da suficiência teórica da justificação doutrinária da propriedade, em torno da qual debatem-se interminavelmente as várias teorias dos filósofos do direito, o fato é que, no desdobramento da ideia de propriedade como direito inerente ao homem, faz-se presente sempre, sob os auspícios de considerações de variada estirpe — políticas, filosóficas, religiosas, sociais, sociológicas etc. —, a noção de propriedade a partir de um mínimo material que dignifica o homem e sem a qual não se realiza ele na plenitude da sua pessoa.

Mesmo à distância de posição de escola, ou disputa teórico-política, é fato indiscutível que o homem povoou o mundo antes da instituição do Estado e nele, de toda forma, viveu até o advento da sociedade política, constituindo uma imposição lógica a ideia daquilo que a pessoa tem como próprio e com exclusividade, categoria do pensamento anterior e antecipatória à experiência jurídica, a partir do estado de fato da apropriação exclusiva dos bens.

São artigos indeléveis da lei da natureza a ideia e o fato de que a vida do homem impescinde de meios, da titularidade de um aporte vital de bens, seja qual for o apelido que se lhe dê. Aristóteles, na sua genial lucidez, ainda na antiguidade clássica, percebera e proclamara essa evidência, que se impõe à razão independentemente de eventual moldura técnica, formal ou legal, ao afirmar:

Mas o homem feliz, enquanto homem, necessita também de bens exteriores, pois a natureza não basta a si mesma para fins de contemplação. Nosso corpo também necessita, para ser saudável, de ser alimentado e cuidado. Entretanto, não se deve pensar que o homem, para

ser feliz, necessita de muitas ou de grandes coisas, só porque não pode ser sumamente feliz sem bens exteriores. De fato, a auto-suficiência e a ação não implicam excesso, e podemos praticar ações nobres sem para isso necessitarmos ser donos da terra e do mar. Mesmo com recursos moderados, pode-se proceder virtuosamente (aliás, isso é evidente, pois se pensa que um cidadão pode praticar atos não menos dignos que os dos que detêm o poder; e muitas vezes até mais), basta que tenhamos o necessário para isso, pois a vida das pessoas que agem em conformidade com a virtude será feliz.¹²⁷⁵

O comportamento do homem não é apenas instintivo, como se dá com os animais não humanos, senão básica ou exclusivamente ditado por condicionamentos culturais, mas a sociobiologia¹²⁷⁶ aponta características no comportamento aquisitivo dos animais, tais como os imperativos alimentar e territorial, que não deixam de aplicar-se ao homem, notadamente nos seus primeiros sentimentos de existência e conservação.

Os animais em estado selvagem, que subsistem exclusivamente da generosidade da natureza, necessitam de um espaço vital limitado, demarcado dos intrusos por dispositivos óticos, olfativos ou acústicos, isolados ou combinados, espaço do qual retiram as condições de vida necessárias. Afirma-se, mesmo, que quase todos os animais conduzem suas vidas observando regras precisas de posse da terra, do espaço e dos domínios, observando distâncias características e precisas um do outro.¹²⁷⁷

Essa instigante observação não pode ser transposta pura e simplesmente para o comportamento do homem que, dotado de inteligência superior, tem capacidade de dominar e controlar o meio ambiente e de produzir, armazenar e transmitir conhecimentos, mas é importante ter presente, outrossim, que na satisfação de necessidades básicas, como conservação, alimentação e abrigo, notadamente nas situações agudas e traumáticas de escassez, o homem não se distingue muito dos animais não humanos. E daí o imperativo de

¹²⁷⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, Martin Claret – Coleção A Obra Prima de Cada Autor, 2004, p. 233.

¹²⁷⁶ Disciplina que busca explicar o comportamento animal – e, na consequência, o do homem – em termos biológicos estritamente ligados à teoria da evolução. (Cf. Richard Pipes, *Propriedade & Liberdade*, p. 90.)

¹²⁷⁷ PIPES, Richard. *Op. cit.*, pp. 90, 91 e 93.

se lhe reconhecer, como uma evidência solar, a prerrogativa natural a um aporte vital de bens.

Ao dizer, na passagem referida, que o primeiro sentimento do homem, no Estado de natureza, foi o de sua existência e o primeiro cuidado o da sua conservação, acrescenta Rousseau que, nessa condição do ser nascente, como um animal limitado inicialmente às puras sensações, o homem de logo se deparou com dificuldades a vencer, em face da pretensão concorrente dos seus semelhantes e de animais não humanos sobre os mesmos bens, o que o levou à noção de exclusividade na titularidade dos frutos da natureza e, sobretudo, às medidas concretas para a sua efetivação:

Mas logo se apresentaram dificuldades e foi preciso aprender a vencê-las: a altura das árvores que o impedia de alcançar os frutos, a concorrência dos animais que procuravam alimentar-se deles, a ferocidade daqueles que lhe atacavam a própria vida, tudo o obrigou a aplicar-se aos exercícios do corpo; teve de ficar ágil, veloz na corrida e vigoroso no combate. As armas naturais, que são os galhos de árvores e as pedras, logo se encontraram em sua mão. Apreendeu a superar os obstáculos da natureza, a combater quando necessário os outros animais, a disputar sua subsistência com os próprios homens, ou a compensar-se do que tinha que ceder ao mais forte.¹²⁷⁸

A titularidade de um aporte básico de atributos materiais, no sentido mais estrito do acesso exclusivo a um espaço e a certas dádivas da natureza, surgiu como um estado de fato na natureza, ao qual os homens depois deram um nome e uma disciplina legal tutelada pela sociedade política; entretanto, como realidade típica social e histórica, impõe-se à razão e ao respeito. Nessa linha é o conhecido magistério de Leão XIII, ao afirmar que o Estado é posterior ao homem, “e antes que ele pudesse formar-se, já o homem tinha recebido da natureza o direito de viver e proteger a sua existência”.¹²⁷⁹

¹²⁷⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Tradução de Maria Ermantina Galvão, Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 204.

¹²⁷⁹ *Rerum Novarum*, Paulinas, 14ª Edição, 2004, tradução de Manuel Alves da Silva, S. J., item 6 (Uso comum dos bens criados e propriedade particular deles), p. 14.

Da mesma forma que a natureza cobra com rigor a violação das suas leis, assim também pode ocorrer na sociedade política que nega ao homem, pelo fato de existir, os atributos materiais mínimos à sua existência: o preço principal pode ser a convulsão social, expressa em miríades de formas, das quais as faces mais visíveis são a violência, em todas as suas manifestações, inclusive contra a natureza, e a quebra da ordem patrimonial, institucional e política.

Na reflexão de Gustav Radbruch, num mundo em que as reservas de bens vitais são limitadas, a regulação das relações entre os homens é, a um só tempo, a regulação das relações dos homens com os bens, a fim de que a eles todos tenham acesso, sendo o direito das coisas, por consequência, um conceito de que nenhum ordenamento jurídico pode prescindir, afigurando-se a propriedade, no campo dos direitos reais, uma categoria do pensamento jurídico anterior a toda experiência jurídica.

Sobre a propriedade como um direito natural,¹²⁸⁰ ressalta o jurista que, assim como os indivíduos garantem a sua liberdade recíproca no contrato social, o mesmo ocorre com a propriedade, desde que se trate de ajuste entre proprietários, pois, assim não ocorrendo, o desprovido de propriedade não teria interesse em aderir a um contrato apenas para respeitar os bens dos outros: “A partir do momento em que alguém se encontra na miséria, deixa de pertencer a cada um a parte de sua propriedade, que é imprescindível para libertar o necessitado de sua miséria. Mesmo quando apenas um indivíduo seja excluído da propriedade, esta perde sua razão de ser na sociedade”.¹²⁸¹

O acesso aos meios mínimos para a vida, antes de ser um direito reconhecido pelo Estado, constitui uma categoria do pensamento independente e anterior à experiência jurídica, inscrita na consciência jurídica universal. Trata-se, pode-se afirmar, de uma hipótese de conexão contingente entre o direito e a moral,¹²⁸² na qual o próprio direito incorpora critérios morais para a sua identificação, entendido o critério moral não como princípios imutáveis de conduta, passíveis de descoberta pela razão, sem o auxílio da

¹²⁸⁰ Radbruch, um dos maiores juristas alemães, é apontado como um dos expoentes do jusnaturalismo contemporâneo, que despontou depois da segunda guerra mundial, no qual a ideia de direito natural se apresenta como um limite ao poder do Estado, em face dos horrores dos regimes totalitários.

¹²⁸¹ RADBRUCH, Gustav. Op. cit., pp. 196, 204 e 205.

¹²⁸² Para alguns, não há conexões conceituais necessárias entre o conteúdo do direito e da moral, pelo que podem ter validade, como regras ou princípios jurídicos, disposições moralmente iníquas.

revelação, ainda que tenham origem divina, mas como expressões de atitudes humanas em relação à conduta, que podem variar de sociedade para sociedade ou indivíduo para indivíduo.¹²⁸³

Não se trata de adotar a opção de alguns sistemas, nos quais os critérios últimos de validade jurídica incorporam explicitamente princípios de justiça ou valores morais substantivos. É que, como anota Herbert Hart, o direito de todos os Estados modernos mostra em numerosos pontos a influência da moral social aceita, mas também de ideais morais mais vastos, influência essa que ingressa no direito, de forma abrupta e confessada, através da legislação e, de forma silenciosa, através do processo judicial.¹²⁸⁴

Tratando da justificação e da avaliação como problemas centrais da propriedade, Stephen Munzer, dentro da sua concepção pluralista da propriedade, centrada em três princípios — princípio da utilidade e eficiência, princípio de justiça e de igualdade e princípio de mérito fundado no trabalho —,¹²⁸⁵ afirma que, pelo princípio da justiça e da igualdade, posses desiguais de propriedade são justificáveis se todos tiveram uma quantidade mínima de propriedade e as desigualdades não prejudicarem uma vida plenamente humana em sociedade.

O princípio de justiça, portanto, tomada a justiça no seu sentido amplo de norma moral que regula a partilha de benefícios e de encargos entre as pessoas, exige que cada pessoa tenha um mínimo de propriedade, embora não esteja claro, teórica e praticamente, como deve ser fixado esse mínimo.¹²⁸⁶ Em outros dizeres, o princípio reconhece direitos a uma propriedade mínima e a uma vida plenamente humana em sociedade, envolvendo os itens necessários para uma vida decente, e não deixa de ser também uma norma de igualdade. Exige-se que se demonstre que a diferença de posses de propriedade é moral e

¹²⁸³ HART, Herbert Adolphus Lionel. Op. cit., pp. 170 e 171.

¹²⁸⁴ *Idem*, pp. 220 e 332.

¹²⁸⁵ Pelo princípio da utilidade e eficiência, os direitos de propriedade devem ser alocados de forma a maximizar a utilidade e a eficiência com relação ao uso, posse e transferência (e outros) das coisas. Pelo princípio da justiça e da igualdade, posses desiguais de propriedade são justificáveis se todos tiveram uma quantidade mínima de propriedade e as desigualdades não prejudicarem uma vida plenamente humana em sociedade; pelo princípio de mérito, concebe-se que as pessoas, como agentes que, pelas suas ações no mundo, são responsáveis pelas mudanças, merecem alguma coisa em contrapartida e a ela têm direito. (Cf. *A Theory of Property*, pp. 3-5.)

¹²⁸⁶ MUNZER, Stephen R. *A Theory of Property*, Cambridge University Press – 1990, pp. 181-182.

politicamente justa: a primeira cláusula diz respeito à provisão de um mínimo; a segunda visa à redução das desigualdades, mesmo se satisfeito o mínimo.¹²⁸⁷

Mas a questão do mínimo existencial não se resume ao suposto achado conceitual de um direito moral do homem à vida, com os meios materiais a isso necessários, anterior e independente da experiência jurídica; ou, noutros termos, a um direito natural e moral à titularidade de um aporte vital de bens, como tipo ideal. O seu maior desafio, em um mundo positivista povoado e regido por rígidos modelos legais, é a do seu formato legal a partir do qual possa ter aplicabilidade, ainda que esteja advertido o operador do jurídico de que, sendo o direito um fenômeno o social, nenhuma das referidas considerações metajurídicas — políticas, filosóficas, religiosas, sociais, sociológicas etc. — deve ficar de fora das cogitações jurídicas não puramente positivistas. A criação e a aplicação do direito constituem funções políticas e, portanto, juízos de valor.¹²⁸⁸

A análise retrospectiva de institutos enraizados na tradição cultural, especialmente quando apropriados e estruturados pelos ordenamentos jurídicos, traz consigo grandes dificuldades, tendo-se em conta que a empreitada, como se fora uma regressão às etapas pretéritas do instituto, quase sempre envoltas num passado brumoso e não documentado, implica naturalmente o afastamento estratégico do formato conceitual do presente, numa espécie de “quebra” deliberada de estruturas de pensamento, mas não liberta o analista da “sombra” ameaçadora da moldura conceitual dominante do instituto, que volta e meia interfere na sua percepção, como que a desautorizar a sua perspectiva de estudo.

É o que se dá com a moderna perspectiva de propriedade, cuja ideia, tributária do modelo de propriedade fundiária, se apoderou de tal forma do pensamento humano e nela moldou uma imagem formal ideal de titularidade econômica de bens como direito subjetivo, que, de tão inexorável, deixa como consequência pouco ou nenhum espaço ao analista para admitir como sustentável a ideia de uma titularidade de bens, mesmo vital, que não tenha um rigoroso e aberto desenho legal; e, assim, não teria outra saída que não o retorno ao direito natural, trazendo de volta a pergunta que sempre ocupou a cogitação da

¹²⁸⁷ *Idem*, p. 5.

¹²⁸⁸ SGARBI, Adrian. Clássicos de Teoria do Direito (John Austin, Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart e Ronald Dworkin), Lumen Juris Editora, 2006, p.33. (O autor cita trecho de Hans Kelsen a respeito do objeto do Direito, que não pode ser separado da política, diversamente da ciência do direito, que deve, para valer como ciência, ser separada da política.)

teoria política: se a propriedade constitui um direito natural ou um direito convencional, que pressupõe a instituição da sociedade política.

Mas a perspectiva institucional, como foi visto, permite dar sustentabilidade jurídico-constitucional, e como direito fundamental, ao direito de cada indivíduo do acesso aos bens indispensáveis à sua subsistência, conquanto haja, na visão de alguns, certo desconforto conceitual na aproximação do mínimo existencial, como direito fundamental, com os direitos sociais, na medida em que estes, entre outras características, dependem de concessões do legislador, não geram *ipso facto* prestações positivas do Estado e subordinam-se somente à ideia de justiça social.¹²⁸⁹

Mas os direitos sociais, admitem outros, produto da concepção social do Estado, podem ser tidos, mesmo com certa diferença de regime, na medida em que implicam conformação político-legislativa, como direitos fundamentais. Os direitos sociais aparecem como mecanismos de realização dos direitos individuais de toda a população. Os direitos individuais e os direitos sociais constituem grupos de direitos com características próprias, mas não são estanques.¹²⁹⁰ Dispõem os direitos sociais de um “conteúdo nuclear, ao qual se há-de reconhecer uma especial força jurídica, pela sua referência imediata à ideia de dignidade da pessoa humana, fundamento de todo o catálogo dos direitos fundamentais”.¹²⁹¹

Certo é que a retórica nem sempre permite salvar a distância entre as aspirações e as realizações. Mas as reivindicações retóricas — ressalta Pérez-Luño — são como aldravas, isto é, instrumentos de ressonância que aumentam o volume da voz da opinião pública que clama em favor dos direitos humanos.¹²⁹² Estando a problemática dos direitos humanos no centro da discussão jurídico-política, firma-se a tendência de associar os direitos sociais aos direitos fundamentais. Portanto, os direitos fundamentais sociais, compondo a liberdade

¹²⁸⁹ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., pp. 135-136.

¹²⁹⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direitos Humanos (Sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade). Editor Juarez de Oliveira, 2000, p.31.

¹²⁹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., pp. 385 – 386.

¹²⁹² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Derechos humanos e constitucionalismo ante el Tercer Milenio, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 40.

real do cidadão, teriam somente uma diferença de grau em relação aos direitos fundamentais enquanto liberdades negativas.¹²⁹³

A sustentabilidade institucional do mínimo existencial, como manifestação do direito à propriedade, pode ser aferida a partir do plano infraconstitucional, no qual pode operar de forma invisível e virtual, com manifestações residuais de pouca ressonância institucional e às vezes de forma mais incisiva, com manifestações pontuais de autêntica veste jurídica; e sobretudo no plano constitucional, nas premissas da dignidade da pessoa humana e da erradicação da pobreza e da marginalização, que constituem, respectivamente, um dos fundamentos e um dos objetivos fundamentais da República brasileira (arts. 1º, III, e 3º, III).

O direito, alerta Paolo Grossi, é marcado pela sua essencial socialidade e nasce da incandescência das forças sociais, culturais e econômicas.¹²⁹⁴ A propriedade, em reflexão atribuída a Nietzsche, não passa de “um prolongamento dos instintos de alimentação e caça”.¹²⁹⁵ Quando o sistema, *v.g.*, no direito penal, admite a inexigibilidade de outra conduta (razoabilidade no sacrifício do bem jurídico), como ocorre no furto famélico, ou mesmo o no estado de necessidade por questões de necessidades econômicas agudas, como no exemplo do pai que, no desespero de ver os filhos passando fome, furta alimentos em um supermercado, ou, no direito tributário, atendendo a comando constitucional (art.145, § 1º), cria uma esfera de liberdade mínima do cidadão, referida à sua subsistência, estabelecendo um limite de capacidade contributiva para o pagamento de tributos, como se dá nas faixas de isenção do imposto de renda, está em realidade emitindo manifestações silenciosas, mas eloquentes, do direito ao mínimo existencial.

Outras vezes, tais manifestações assumem vestes jurídicas mais incisivas, como se dá na legislação civil, vedando, sob pena de nulidade, que a pessoa possa praticar uma doação universal (*omnium bonorum*), sem reserva de parte ou renda suficiente para a sua

¹²⁹³ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, pp. 136-137.

¹²⁹⁴ GROSSI, Paolo. *Primeira Lição sobre Direito*, Editora Forense, 1ª Edição, 2006, tradução de Ricardo Marcelo Fonseca, pp. 4-5 e 8.

¹²⁹⁵ SODRÉ, Ruy de Azevedo. *Função Social da Propriedade*. Empresa Gráfica da “Revista dos Tribunais”, São Paulo (sem data de edição), p. 10. (O autor não cita, todavia, a fonte da citação atribuída a Nietzsche.)

subsistência,¹²⁹⁶ situação na qual não está somente impedindo de forma pontual que uma pessoa, num ato impensado, ou de radical prodigalidade, possa optar por viver à conta da caridade pública, doando todos os seus bens, senão trazendo à tona o princípio maior do sistema, de que todas as pessoas têm direito ao mínimo existencial, que se manifesta em mecanismos os mais diversos de acesso e, na ponta oposta da dialética patrimonial, na vedação de supressão, ainda que voluntária.

Em derredor da vedação da doação universal, Edson Fachin desenvolve primoroso estudo acerca do patrimônio mínimo da pessoa, afirmando que a pessoa natural, em paralelo aos atributos de pessoa humana, inalienáveis e insuscetíveis de apropriação, é também, de forma inata, ao lume do Código Civil e independentemente de previsão legislativa específica, dotada de uma garantia patrimonial que integra sua esfera jurídica, que está imune aos interesses dos credores, como “um patrimônio mínimo mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada”.¹²⁹⁷

Não é de cedo que a atenção dos doutrinadores mais lúcidos está voltada para a problemática humana da propriedade mínima, para a busca da base teórica dos direitos fundamentais sociais, independentemente da coletivização ou da opção por modelos socialistas, que, no paroxismo da ideologia e da demagogia, terminam paradoxalmente humilhando os cidadãos quando lhes oferecem, quais animais não humanos, rações semanais de alimentos! Fala-se, outrossim, em humanização da propriedade, com a tendência crescente a aumentar as limitações ao seu exercício, na perspectiva de impor um novo espírito à propriedade de concepção liberal-individualista.¹²⁹⁸

Destaca Isabel Vaz que repensar o direito de propriedade implica admitir que tanto certos modelos socialistas como alguns tipos de capitalismo impedem a concretização do direito à propriedade. Anota que nenhuma constituição capitalista garante o direito de propriedade como absoluto que tampouco as socialistas deixam de reconhecê-lo sobre o que é adquirido como fruto do trabalho, sobre os bens de consumo e sobre a residência; e

¹²⁹⁶ Código Civil – “Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou de renda suficiente para a subsistência do doador.” Preceito do mesmo teor constava do art. 1.175 Código Civil – 1916.

¹²⁹⁷ FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, Editora Renovar, 2ª Edição Atualizada, 2006, pp. 1-24.

¹²⁹⁸ GOMES, Orlando. Direitos Reais, Tomo 1, Forense, 3ª Edição, 1969, p. 123.

que o ideal de justiça social, presente em quase todos os textos constitucionais em vigor, desvincula-se de uma concepção puramente jurídica para, exigindo a participação política, poder revelar-se mais eficaz no direito posto.¹²⁹⁹

E conclui afirmando que as ideias de “propriedade mínima” ou de “mínimo de subsistência”, direitos a ser realizados através da “justiça distributiva”,¹³⁰⁰ não implicam a defesa de teorias sociais marxistas ou a apologia da abolição da propriedade privada dos meios de produção, senão a busca do equilíbrio na repartição das riquezas materiais e intelectuais com a implantação de uma democracia econômica, expressa na possibilidade efetiva de participação de todas as camadas sociais como titulares do direito a uma existência digna.¹³⁰¹

Outras manifestações desse princípio fundamental, menos incisivas talvez, podem ser identificadas, *v.g.*, nas previsões legais de impenhorabilidade de bens, como se dá em relação ao bem de família, previsto na Lei 8.009, de 29 de março de 1990 (art. 1º); em relação aos salários, subsídios, soldos, remunerações e proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, e aos instrumentos de exercício da profissão da pessoa (art. 649, IV e V – CPC); e em relação à pequena propriedade rural na qual trabalha a família, no que toca a eventuais débitos decorrentes de sua atividade produtiva (CF – art. 5º, XXVI).

Mas é na perspectiva constitucional que a concepção do mínimo existencial encontra maior expressão, a partir da qual os preceitos infraconstitucionais encontram sua fecunda interpretação. Na avaliação de Gustavo Tepedino, “a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública. Propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se

¹²⁹⁹ VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 47.

¹³⁰⁰ Segundo Samuel Fleischacker, a expressão “justiça distributiva”, empregada no sentido de “justiça social” ou “justiça econômica”, tem sido muito utilizada pelos que são contrários à globalização e pelos que se opõem ao capitalismo, o que constituiria um equívoco. Aristóteles, a quem são atribuídas as expressões “justiça distributiva” e “justiça comutativa”, jamais colocou o problema como distribuição de recursos escassos, nem recomendou que a necessidade fosse fundamento de reivindicação da propriedade. (FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*, Martins Fontes, 2006 – tradução de Álvaro de Vita – , pp. 3-4.)

¹³⁰¹ *Idem*, p.48. (A Profª Isabel Vaz refere-se a estudo José Rubens Costa, *in* “Este obscuro objeto de direito: a Propriedade.”)

institutos funcionalizados à realização da dignidade humana (...) para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária”.¹³⁰²

A titularidade da pessoa a um aporte vital de bens, expressão concreta da dignidade humana, não tem expressão linguística nominal no texto constitucional, mas constitui uma decorrência direta de alguns princípios constitucionais, a começar pelo Estado social de Direito, cuja ordem social, tendo por objetivos o bem-estar e a justiça sociais (art.193 – CF), compele o Estado a assegurar direitos sociais mínimos. Os direitos fundamentais sociais “são direitos fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que aos individuais”.¹³⁰³

Na sequência, o princípio constitucional da igualdade não se circunscreve à igualdade formal (art. 5º, *caput*), sonora e retórica, no nível de um ideal a alcançar em tempo indeterminado, mas abrange também e sobretudo a igualdade substancial, que atinge o indivíduo no seu dia a dia concreto e que lhe assegura a proteção contra a pobreza absoluta — são objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais —, resultante direta da desigualdade social,¹³⁰⁴ pobreza que o humilha o homem e que sufoca as manifestações da sua personalidade.

Outro princípio constitucional fundamental que modela o mínimo material existencial é o da dignidade da pessoa humana, valor supremo que atrai, a partir da vida, o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem.¹³⁰⁵ Nenhuma pessoa pode levar uma vida com dignidade sem um acesso mínimo às produções materiais da sociedade, constituindo um dos objetivos da ordem econômica, aliás, a consecução de uma vida digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170 – CF). A dignidade da pessoa, afirma Robert

¹³⁰² TEPEDINO, Gustavo. “Editorial: do Sujeito de Direito à Pessoa Humana”, in Revista Trimestral de Direito Civil, Volume 2, Rio de Janeiro: Padma, janeiro/março/2000.

¹³⁰³ KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre/2002, p.19; e SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 6ª Edição, Malheiros Editores, 2003, p. 115.

¹³⁰⁴ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., pp. 131-132.

¹³⁰⁵ SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia, in Revista de Direito Administrativo, n. 212, abr/jun 1998, p. 90.

Alexy, “não está garantida se o indivíduo é humilhado, discriminado, perseguido ou depreciado”.¹³⁰⁶

À luz desses princípios constitucionais, admite-se que a justicialidade do mínimo existencial, em suas várias manifestações, pode ser efetivada por mandado de segurança, para corrigir omissões do poder público que impliquem violações dos direitos fundamentais sociais, por mandado de injunção (CF – art. 5º, LXXI) e mesmo por ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º – *idem*).¹³⁰⁷

Em matéria de direito à saúde, *v.g.*, precedente do STF afirma que, como consequência constitucional indissociável do direito à vida, representa uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada a todas as pessoas e um bem jurídico constitucionalmente tutelado, pelo qual deve velar o poder público, com políticas sociais e econômicas idôneas, em ordem a que seja garantido a todos os cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. E que o caráter programático da regra do art. 196,¹³⁰⁸ que tem por destinatário todos os entes políticos da organização federativa, não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente.¹³⁰⁹

A problemática dos direitos fundamentais sociais, a essa altura da cultura social e política, passa a ser menos de construção de base teórica e de sustentabilidade institucional, se bem que nesses arraiais ainda haja empecilhos a vencer, e mais de aplicabilidade, submetida que está diretamente aos programas de políticas públicas sociais, os quais passam necessariamente pelo gargalo da disponibilidade dos recursos do tesouro, sempre escassos em face da demanda crescente e das demais prioridades das opções da política governamental.

Até mesmo países nos quais os direitos sociais tiveram grande desenvolvimento, como a Alemanha, cujo orgulho é o princípio do Estado social, no qual o Judiciário tem

¹³⁰⁶ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001 – tradução de Ernesto Garzón Valdés –, p. 345.

¹³⁰⁷ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., pp. 163-164 e 172.

¹³⁰⁸ “Art. 106. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

¹³⁰⁹ STF – 2ª Turma – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 393.175 – 0/RS, Relator Ministro Celso de Mello, no qual se discutia o fornecimento gratuito de medicamentos a pessoas carentes, essenciais à preservação da vida – DJ 02/02/2007. (Cuidava-se de pacientes com esquizofrenia paranoide e doença maniaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio.)

sido responsável pela interpretação uniforme do direito social e pelo seu aperfeiçoamento judicial, as dificuldades estão à vista, fazendo com que a preservação do Estado social pressuponha mudanças — v.g., alterações na aposentadoria obrigatória, com a elevação da idade legal, seguros privados complementares e obrigatórios, participação dos segurados nas despesas de saúde — que de certo modo implicam uma despedida da sua ideia de plenitude.¹³¹⁰

Mas, a despeito do largo espaço entre a aplicabilidade — as normas constitucionais não são meras recomendações ou preceitos morais — e a eficácia, esta mesmo submetida a várias formatos e matizes, não deixam de ser alvissareiras, na perspectiva da eficácia do direito ao mínimo existencial, as suas referidas manifestações no sistema jurídico brasileiro, desde as fragmentárias estipulações do direito positivo, já referidas, às modernas prestações de natureza material, obteníveis através do Estado, à conta dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Nem todas essas manifestações são em si mesmas emancipatórias, como manda, a partir da sua própria expressão linguística, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Em ligeira amostragem, dois exemplos podem ser trabalhados em termos de benefícios da assistência social, nos quais, sobretudo no segundo, a parte emersa tem visível conotação assistencialista e predatória da cidadania, levando-se em conta que o embrião do acesso ao mínimo existencial reside fundamentalmente na democratização das oportunidades sociais, para que cada cidadão construa o seu próprio caminho.

Nos dizeres da Constituição, a assistência social será prestada a quem dela necessitar, mesmo sem contrapartida de contribuição à seguridade social, tendo por um dos seus objetivos “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.¹³¹¹ O benefício, que já fora tratado pela Lei 6.179/1974, tem larga significação social, até mesmo pela condição pessoal especial (idosos e deficientes) das pessoas da sua faixa de clientela, estando regulamentado

¹³¹⁰ STEINER, Udo. Mudanças Profundas no Estado Social Alemão – Conferência proferida em setembro de 2007, na Escola de Magistratura Federal da 1ª Região – ESMF, Brasília – DF.

¹³¹¹ Cf. artigo 203, inciso V, que foi regulamentado pela Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993 – Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

pela Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993 – Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que fala em universalidade dos direitos sociais, em respeito à dignidade do cidadão, e em igualdade no direito ao acesso ao atendimento (art. 4º) e que detalha o benefício de prestação continuada, na esteira do preceito constitucional (art. 20 e §§).

Já a Lei 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que institui, no âmbito da Presidência da República, o programa bolsa-família,¹³¹² destinado às ações de transferência de renda com condicionalidades, estabelece alguns benefícios financeiros, de valores muito reduzidos,¹³¹³ que beiram os atributos da caridade: a) benefício básico, destinado às unidades familiares em situação de extrema pobreza; b) benefício variável destinado às unidades familiares também em situação de pobreza e extrema pobreza que tenham em sua composição gestantes, nutrizes, crianças entre 0 e 12 anos ou adolescentes de até 15, pagos até 3 benefícios por família; e c) benefício variável, vinculado ao adolescente, destinado às unidades familiares, mantida a constante da pobreza e extrema pobreza, e que tenham em sua composição adolescentes com idade entre 16 e 17 anos, até o limite de 2 benefícios por família (arts 1º e 2º).

O debate sobre a questão social no Brasil é pautado pela diretriz que privilegia o ângulo da pobreza em si mesma, com maior ou menor ênfase na desigualdade e justiça sociais, e na diretriz que destaca o ângulo de superação da pobreza, com ênfase na dimensão da cidadania e do fortalecimento da esfera pública, afirmando os estudiosos, em consenso, por outro lado, que a principal causa da pobreza e da exclusão social reside no “acentuado grau histórico de desigualdade da apropriação da riqueza e do capital social acumulado, conformando um processo de crescimento e desenvolvimento na desigualdade de renda”.¹³¹⁴

¹³¹² O programa unifica procedimentos de gestão e execução de ações de transferência de renda da área federal, especialmente as do Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à educação (bolsa-escola), instituído pela Lei 10.219, de 11/04/2001; as do Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA, criado pela Lei 10.689, de 13/06/2003; as do Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à saúde – Bolsa Alimentação, instituído pela MP 2.206 – 1, de 06/09/2001; as do Programa Auxílio-Gás, instituído pelo Decreto 4.102, de 24/01/2002; e do Cadastro Único do Governo Federal, instituído pelo Decreto 3.877, de 21/07/2001.

¹³¹³ O valor do benefício básico é de R\$58,00, concedido a famílias com renda familiar mensal *per capita* de até R\$60,00, podendo ser elevado a R\$120,00, a depende da composição da família; o valor do benefício variável é de R\$18,00 e, quando vinculado ao adolescente, é de R\$ 30,00, tudo submetido a uma regulamentação de extrema casuística.

¹³¹⁴ Portal da Fundação Perseu Abramo – Uma nova cultura política do país. A Bolsa Família e a Questão Social, Área n. 57, março/abril de 2004 em Revista, Teoria e Debate, postado em 30 de abril de 2004.

Mas, na perspectiva constitucional do direito à propriedade como um mínimo existencial, como um patrimônio mínimo, como um mínimo de subsistência, ou que outro nome se lhe dê, a ideia construtivo-redentora, decorrência direta da dignidade da pessoa humana, é que esses benefícios tenham na sua base teórica, o quanto possível, um sentido emancipatório, por força do qual os seus beneficiários os vejam menos como esmolas, nas asas de uma política meramente assistencialista, e mais como o legítimo exercício dos direitos fundamentais sociais, de par com os quais persiste espaço à autonomia da pessoa e ao seu crescimento na cidadania.

As oportunidades democráticas de acesso à propriedade e às suas virtuosas potencialidades, quando menos no nível do mínimo material indispensável a uma vida humana digna, têm a aptidão para levar a que o homem ande socialmente por si mesmo, sem a direção dos outros. O indivíduo, como que à imagem da construção kantiana do esclarecimento,¹³¹⁵ sai da menoridade, quando não se conhecia como cidadão, e passa à maioridade cívica.

3.7 Manifestações do Direito a Propriedade

Busca-se neste item, em amostragem, a análise pontual do perfil dogmático de alguns institutos jurídicos tradicionais (ou não), que, vistos na sua conformação interna e institucional e sobretudo à luz dos princípios constitucionais, traduzem essencialmente autênticas formas de manifestação do direito à propriedade, ou de acesso a ela: a desapropriação por interesse social (i), o chamado desapossamento social (ii), as diferentes modalidades de usucapião (iii), o direito social à moradia (iv) e o direito originário de ocupação das terras indígenas (v). Far-se-á, ainda, uma rápida referência às terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos.

Na expressão de Fábio Comparato, é dentro da perspectiva institucional que se põe, “já no bojo do constitucionalismo liberal, a questão do direito de todo indivíduo à

¹³¹⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*, Editora Martin Claret, 2005, pp. 115-116.

propriedade, ou seja, o direito à aquisição dos bens indispensáveis à sua subsistência, de acordo com os padrões de dignidade de cada momento histórico”.¹³¹⁶

Na democracia constitucional, o valor maior da dignidade humana força o neoliberalismo do Estado mínimo a ceder espaço, em certa medida, ao renascimento do Estado social (ou neossocial), no qual os direitos sociais e econômicos põem no centro do cenário os valores coletivos, numa sociedade de inspiração emancipadora, voltada para concretizar valores postergados da justiça, da liberdade e da fraternidade, resumidos na lição constitucional dos direitos fundamentais.¹³¹⁷

3.7.1 A Desapropriação por Interesse Social

A desapropriação por interesse social constitui um dos mecanismos legais de maior eficácia na promoção da justa distribuição da propriedade imobiliária e no condicionamento do seu uso voltado à satisfação do comando constitucional da função social da propriedade e, no limite, na promoção do bem-estar social. Pela desapropriação por interesse social, a potestade estatal tem a seu dispor meios expeditos para propiciar àqueles que, na cidade ou no campo, não tenham aptidão negocial para o acesso técnico à propriedade, a possibilidade de fazê-lo, seja na perspectiva da moradia, seja em termos (também) de cultura agrícola, como forma de subsistência sustentável e digna do rurícola e de sua família.

Como justificativa de desapropriação, o interesse social constitui uma ilação direta da função social da propriedade. Ao invocar o interesse social, o poder público não destina os bens desapropriados às necessidades da administração, senão à coletividade, sem prejuízo de destiná-los individualmente a sujeitos determinados, mas sempre na perspectiva de dar ao imóvel a sua real destinação. O norte dos motivos de interesse social será sempre a solução dos problemas sociais das classes mais pobres, dos trabalhadores e do povo em geral.¹³¹⁸

¹³¹⁶ COMPARATO, Fabio Konder. Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários) do Conselho da Justiça Federal, Volume 1, Número 3, dezembro/1997, p. 95.

¹³¹⁷ BONAVIDES, Paulo. Do Estado neoliberal ao Estado neo-social. Folha de São Paulo, Tendências e Debates, Edição de 06/11/2008, p. A-3.

¹³¹⁸ SALLES, José Carlos de Moraes. A Desapropriação (À luz da doutrina e da jurisprudência) – 4ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, p.92.

Estipula a Constituição de 1988, na linha da tradição nas cartas constitucionais brasileiras, a partir da Constituição de 1946,¹³¹⁹ depois de dar garantia ao direito de propriedade como cláusula pétrea, que a lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação também por interesse social (arts. 5º, XXIV), preceito que opera quando, pelos parâmetros definidos em lei, a partir do próprio texto constitucional, a propriedade dos bens de raiz não esteja cumprindo a sua função social.

É a desapropriação-sanção, que alcança a propriedade urbana que não atende aos ônus urbanísticos, i.é., às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no respectivo plano diretor (art. 182, § 2º), e a propriedade rural que, da mesma forma, não esteja cumprindo a sua função social, que se expressa no aproveitamento racional e adequado, na utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e na preservação do meio ambiente, na observância da legislação trabalhista e na exploração pautada pelo bem-estar dos proprietários e trabalhadores (arts. 182, § 2º, III, e 184, *caput*, e 186).

Na desapropriação de imóvel urbano, pago com títulos da dívida pública, com emissão previamente autorizada pelo Senado, para resgate em até dez anos e que pode ser feita por todas as entidades da Federação, o imóvel será utilizado na edificação de moradias populares, ou revendido para a mesma finalidade, depois do devido parcelamento. Já na desapropriação da propriedade rural, com o pagamento da indenização da terra nua e cobertura vegetal em títulos da dívida agrária, resgatáveis em até vinte anos, o imóvel será destinado aos programas de reforma agrária administrados pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA. Somente a União, pelo seu órgão executor da política agrária, pode desapropriar por interesse social para fins de reforma agrária (art. 184 – CF).

¹³¹⁹ A Constituição de 1934 não falava em desapropriação por interesse social, mas estabelecia que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo (art.113, n. 17). A Constituição de 1946, utilizando a expressão “desapropriação por interesse social” (art.141, § 16), dispunha que a lei poderia, com o instituto da desapropriação, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos (art. 147); e que a lei facilitaria a fixação do homem no campo, estabelecendo planos de colonização e de aproveitamento de terras públicas, devendo os Estados assegurar aos posseiros de terras devolutas, que nelas tenham moradia habitual, preferência para a aquisição de até vinte e cinco hectares (art.156 e § 1º). A Constituição de 1967, ao garantir o direito de propriedade, ressaltava (entre outras) a hipótese de desapropriação por interesse social, sob indenização (art.150, § 22), hipótese mantida na EC n. 01/1969 (art.153, § 22).

Nas duas situações, propicia o sistema àqueles que, pelos mecanismos regulares da autonomia privada, não têm aptidão para chegar ao direito de propriedade pela via contratual ou hereditária, a oportunidade de acesso à propriedade como forma de dignificar a sua vida e da sua família. A teor do disposto na Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964 — Estatuto da Terra —, a reforma agrária objetiva estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, apto para promover a justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador rural, com a extinção gradual do minifúndio e do latifúndio (art. 16) como formas socialmente indejáveis de exploração da terra.

A Constituição de 1934 estabeleceu a competência privativa da União para legislar sobre normas fundamentais de direito rural (art. 5º, XIX, “c”), mas os projetos de reforma agrária destinados à assistência do homem do campo somente começaram a surgir no Congresso brasileiro com a Constituição de 1946,¹³²⁰ que passou a condicionar o uso da propriedade ao bem-estar social (art. 147), até que o Estatuto da Terra, aprovado depois da EC n. 10, de 9 de novembro de 1964, considerou-a como sendo “o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios da justiça social e ao aumento da produtividade”.¹³²¹

Também as terras públicas da União que não tenham destinação específica, entre elas as devolutas e até mesmo as dos Estados, deverão ser aplicadas nos programas de distribuição e redistribuição de terras. O poder público somente pode explorar imóvel rural de sua propriedade para fins de pesquisa, experimentação, demonstração e fomento, com vistas ao desenvolvimento da agricultura, a programas de colonização ou fins educativos de assistência técnica ou de readaptação.¹³²²

Estabelece a lei que a desapropriação por interesse social tem por fim, entre outros, condicionar o uso da terra à sua função social e promover a justa e adequada distribuição da propriedade e que o acesso à propriedade rústica dar-se-á mediante a distribuição ou redistribuição de terras, pela execução de medidas como a desapropriação por interesse

¹³²⁰ SODERO, Fernando Pereira. *Direito Agrário e Reforma Agrária*, 2ª Edição, OAB/SC Editora, pp. 28-29.

¹³²¹ Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra) – art. 1º, § 1º.

¹³²² Confirmam-se os artigos 9º e 10 do Estatuto da Terra – Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964.

social, quiçá o mecanismo institucional mais expedito, a doação, a compra e venda, a arrecadação de bens vagos, a reversão à posse do poder público de terras de sua propriedade indevidamente ocupadas e exploradas por terceiros, a qualquer título, e a herança ou legado.

Consumada a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, o imóvel será incluído em projeto de assentamento, admitindo-se formas de exploração individual, condominial, cooperativa, associativa ou mista, formalizando-se a titularidade em termos de doação, como cláusula resolutiva, ou concessão de uso, inegociáveis por dez anos e concedidas ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. No propósito maior de propiciar às pessoas o acesso à propriedade, os beneficiários do programa de reforma agrária assumem obrigações — cultivo do imóvel e não cessão por dez anos — que, descumpridas, desencadeiam a cláusula resolutiva do título de domínio ou da concessão de uso.¹³²³

Enquanto instrumento de acesso à propriedade, a desapropriação por interesse social não se limita às hipóteses de reforma agrária, conquanto seja a mais importante e de maior apelo midiático. A Lei 4.132, de 10 de setembro de 1962, também editada na linha do art. 147 da Constituição de 1946 (“O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.”), define outras hipóteses de interesse social para fins de desapropriação, aplicáveis à propriedade rústica e à propriedade urbana.

Merecem destaque, entre essas hipóteses, na medida em que se põem diretamente na linha de concretização do direito à propriedade, o aproveitamento de todo bem improdutivo — que pode ser, *v.g.*, um latifúndio improdutivo — ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população que deva ou possa suprir por seu destino econômico; a manutenção de posseiros em terrenos urbanos, nos quais, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de dez famílias, o que vem ao encontro da solução de um dos problemas urbanísticos mais instantes nas grandes cidades, que é a crise habitacional; e a construção de casas populares, na razão direta de uma política

¹³²³ Confira-se a Lei 8.629, de 25/02/1993, que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, sobretudo os arts. 16 – 19 e 21 – 22.

habitacional, propiciando que as camadas de menor poder aquisitivo possam ter acesso à moradia.

As oportunidades sociais de acesso à propriedade não precisam necessariamente ser gratuitas ou a fundo perdido para os poderes públicos. Já se viu que a Lei 4.504/1964, ao falar do acesso à propriedade rústica mediante a distribuição ou redistribuição de terras, disse que ele se daria pela execução de várias medidas, como a desapropriação por interesse social, a doação, a compra e venda, a arrecadação de bens vagos, a reversão à posse do poder público de terras de sua propriedade indevidamente ocupadas e exploradas por terceiros, a qualquer título etc. (art. 17). A Lei 4.132/1962, na mesma sistemática, preceitua que “os bens desapropriados serão objeto de venda ou locação, a quem estiver em condições de dar-lhes a destinação social prevista” (art. 4º).

3.7.2 O Desapossamento Social

Estabelece o Código Civil que “o proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente”, e que “o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante” (art. 1.228, §§ 3º e 4º).

Firmada a última hipótese, que ocorre no bojo da ação reivindicatória, estabelece o Código que o juiz fixará a indenização devida ao proprietário e que, pago o preço, valerá a sentença como título de aquisição para o registro do imóvel em nome dos possuidores, seguramente em condomínio, a menos que a instrução do processo delimite a área ocupada e trabalhada por cada ocupante, dando condições técnicas a que a sentença determine o desdobramento da matrícula, para contemplar de forma individualizada a situação fundiária de cada qual.¹³²⁴

¹³²⁴ O parágrafo único do art. 235 da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos – dá base legal ao desdobramento da matrícula do imóvel em tais situações, desde que determinada de forma expressa pela sentença.

A novel disposição do Código Civil de 2002, festejada com alvorada em face da sua mensagem social alvissareira, pois que efetivamente tem aptidão para permitir o acesso técnico à propriedade imobiliária, sobretudo no meio urbano, por parte daqueles que a ocupam e a beneficiam com obras e serviços, realizando a sua função social, ainda não está em definitivo identificada na sua natureza jurídica pela doutrina, mas, como foi visto, a Lei 4.132/1962 já contemplava situação semelhante entre as hipóteses de interesse social, para fins de desapropriação, com vistas à promoção da justa distribuição da propriedade e do condicionamento do seu uso ao bem-estar social, ao contemplar “a manutenção de posseiros em terrenos urbanos, nos quais, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 famílias”.

O novo instituto, que na avaliação de Miguel Reale tem caráter revolucionário e não apresenta paralelo em nenhuma legislação,¹³²⁵ leva em conta a natureza social da posse e tipifica, ainda no diagnóstico do autor, “inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho.”¹³²⁶ Positivada a posse, na previsão do preceito, cessa, em face dos interesses sociais presentes no cenário, a prerrogativa reivindicatória do titular da propriedade, que recebe uma justa indenização em dinheiro.

Por se tratar de preceito novo, não é conhecida ainda a manifestação ponderada da jurisprudência sobre a extensão da indenização, tampouco sobre o real devedor da indenização, já que não se trata, ao contrário do que dizem muitas vozes, de uma hipótese legal de desapropriação, na qual o poder público pudesse arcar com ela. Ainda que haja alguma similitude tópica com a desapropriação, seguramente não serão devidos juros compensatórios, pois não se registra no desapossamento social o marco legal da imissão da posse por determinação judicial, a pedido do desapropriante. A inércia do proprietário, em

¹³²⁵ REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil, *in* Revista dos Tribunais, Ano 92, Volume 808, fevereiro/2003, p. 15.

¹³²⁶ REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, de 16 de janeiro de 1975, *in* Novo Código Cívio – Exposição de Motivos e Texto Sancionado, Senado Federal, Brasília – 2003, p.52.

vigilância e sobretudo em atos de aproveitamento, é que propicia a posse de terceiros, de forma difusa no tempo, tangidos pela necessidade de moradia.

O conceito fundante de posse-trabalho, na expressão de Miguel Reale, que afirma tê-lo utilizado pela vez primeira em parecer de 1943, em essência já constara da Constituição de 1934, quando previa a usucapião de área rural de até dez hectares, se o ocupante, por dez anos contínuos, sem oposição ou reconhecimento de domínio alheio, nela tivesse moradia e a tornasse produtiva pelo seu trabalho (art. 125). O conceito de posse-trabalho, aliás, é tributário do princípio luso-brasileiro da efetividade do cultivo como condição de legitimação da posse da terra, princípio que gerenciou a política fundiária brasileira desde o Império, a partir da Lei das Sesmarias de D. Fernando I.

É controvertida a doutrina na identificação da natureza jurídica da figura legal dos §§ 4º e 5º do art. 1.228, por muitos denominada de desapropriação judicial, a começar por Miguel Reale, ao afirmar que “é conferido ao juiz poder desapropriatório, o que não é consagrado em nenhuma legislação”.¹³²⁷ Na realidade, nem a expressão nem o diagnóstico são bons: a expressão, porque as desapropriações quase sempre são judiciais, não substanciando nenhuma inovação chamar o novo instituto de “desapropriação judicial”, o que de resto constituir-se-á em fator de confusão; o diagnóstico, porque a desapropriação, em todas as suas modalidades, expressa manifestação incontestável da potestade estatal contra certas formas de propriedade particular, o que não se apresenta na caso.

Na esteira da afirmação de Miguel Reale, têm-se repetido, sem análise mais aprofundada da natureza jurídica, que o novo instituto configura uma “desapropriação judicial”. Em julgamento no Plenário do STF, em outubro de 2007, o Min. Ricardo Lewandowski afirmou, *en passant*, sem dar a justificativa, que o Código Civil “introduz uma nova forma de desapropriação, a judicial da posse-trabalho”.¹³²⁸

Seguem-se daí, por parte de outros, várias ilações próprias da desapropriação: que o magistrado, ao determinar a indenização, atua como agente do Estado; que a indenização

¹³²⁷ REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil, *in* Revista dos Tribunais, Ano 92, Volume 808, fevereiro/2003, p.15; e Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, de 16 de janeiro de 1975, *in* Novo Código Cívico – Exposição de Motivos e Texto Sancionado, Senado Federal, Brasília – 2003, p. 52.

¹³²⁸ Reclamação n. 3.437-2/PR, Relator o Ministro Carlos Britto, julgada em 18 de outubro de 2007. (a afirmação está à fl. 337 dos autos.)

deve ser da responsabilidade do Estado, porque o instituto da desapropriação constitui poder-dever reservado ao Estado; e que ao Município da situação do imóvel, que tem o dever de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, incumbe o pagamento do preço do imóvel.¹³²⁹

O debate evidentemente está longe de terminar, mas o diagnóstico não parece ser o mais autorizado. A circunstância de o § 3º do art. 1.228 estabelecer que o proprietário pode ser privado da coisa nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, e de o § 4º, que trata do novo instituto, dizer que “o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”, não passa de uma coincidência topológica, dada a similitude fática tópica entre as duas situações — em ambas dá-se a perda compulsória da propriedade pela forma imobiliária —, não tendo o sentido de dizer que a hipótese do § 4º cuida de desapropriação. (Não pretendeu — e nem seria próprio — o Código Civil, naquela Seção, que trata das disposições preliminares da propriedade em geral, cuidar de desapropriação, ali evidentemente também referida de forma tópica.)

Não há nenhuma interferência do Estado no desapossamento social. A ocupação inicia-se comumente de forma difusa, prolongando-se no tempo com a inserção de obras (moradias, sobretudo) e serviços, que se consolidam em face da omissão qualificada do proprietário. Na propositura da ação reivindicatória é que os demandados podem fazer o pedido sucessivo de avaliação e pagamento da justa indenização, em ordem a que a sentença, se der pela acolhida, tenha a valência de *titulus adquirendi*. Isso evidencia uma forma derivada atípica de aquisição da propriedade, o que mais ainda a diferencia da desapropriação, uma forma originária, caracterizada pela ausência de relacionamento negocial no circuito adquirente/transmitente.

Nada impede que os possuidores tomem a iniciativa do pedido de desapossamento, à imagem e semelhança de uma desapropriação indireta, a fim de que o juiz de logo nomeie

¹³²⁹ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Enunciado da IV Jornada de Direito Civil, Centro de Estudos Judiciários – Conselho da Justiça Federal, 2007, Volume II, p. 630; e CASTRO, Mônica. A Desapropriação Judicial no Novo Código Civil, in www.mundojuridico.adv.br

perito para a avaliação do imóvel, urbano ou rústico, com vistas ao pagamento da indenização, mas a hipótese em si mesma não autorizaria o diagnóstico de “desapropriação judicial”. A desapropriação indireta também não é forma legal de desapropriação, senão uma ação de indenização em face da usurpação da propriedade particular, praticada pelo poder público.

Também não se cuida de usucapião coletiva, à moda da previsão do art. 10 da Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), que somente se aplica aos imóveis urbanos e que não implica, como toda forma de usucapião, pagamento de nenhuma indenização. No desapossamento social, muito diversamente, o título de aquisição somente pode ser gerado depois do pagamento da indenização devida ao proprietário, ainda que o estado da posse consolidada e qualificada possa perdurar sem o implemento da indenização, ou mesmo, sendo o caso, ser alegado como matéria de defesa no juízo petitório, na perspectiva da usucapião.

Posta a premissa da “desapropriação judicial”, há quem sustente que o órgão público responsável pelo licenciamento das obras e serviços deve ser chamado à relação processual, como litisconsorte necessário, e que o preço da indenização deve ser pago pelo poder público municipal do local da situação do imóvel, à justificativa de que os possuidores são em regra pessoas muito pobres, que não dispõem de idoneidade financeira para o pagamento, o que terminaria por tornar o preceito letra morta; ou mesmo no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, como uma forma de dar efetividade ao princípio da função social da propriedade.¹³³⁰

Trata-se, contudo, de proposições bem intencionadas que não têm sustentabilidade legal, valendo mais como sugestões *de lege ferenda*, sem falar que a hipótese verdadeiramente não é de desapropriação — se o fosse, todos os problemas de encaixe legal estariam solucionados — e que as despesas usuais a cargo do poder público, sobre deverem ter base legal, em face do princípio da legitimidade legal, devem ter também cifrado respaldo orçamentário. A indenização, como está na lei, deve ser paga pelas pessoas

¹³³⁰ CARVALHO, Pedro Leonel; DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende; e BARROSO, Lucas Abreu, *in* IV Jornada de Direito Civil, Centro de Estudos Judiciários – Conselho da Justiça Federal, 2007, Volume II, pp. 627, 630 e 634.

possuidoras do imóvel, ainda que isso represente uma pedra de difícil remoção, ou mesmo irremovível, na perspectiva da eficácia do preceito.

O desapossamento social, mecanismo de perda compulsória da propriedade fundiária que não cumpra a sua função social, é instituto efetivamente novo nos escaninhos conceituais da civilística. Constitui sem dúvida uma forma incisiva de acesso à propriedade rural e urbana e, enquanto tal, tipifica uma manifestação alvissareira, secretada pelo sistema, mas ainda não domada no plano operacional, do direito à propriedade, apanágio da dignidade da pessoa humana. Constitui uma forma de ponderação na colisão dos princípios constitucionais do direito de propriedade e da função social propriedade.¹³³¹ Muitas dificuldades, todavia, conceituais e operacionais, ainda se antepõem à plenitude da sua eficácia, quiçá oriundas da redação ainda um tanto conservadora do novel preceito, que poderia ter dado passos mais ousados na definição e no alcance prático do instituto.

Dois empecilhos, vistos a curta distância, podem de logo ser apontados: o responsável pelo pagamento da justa indenização devida ao proprietário e a questão do requisito da boa-fé como ornamento inafastável da posse por mais de um lustro. Sabido que as pessoas dos ocupantes, no meio urbano e no meio rústico, pela própria dinâmica do processo de exclusão social, pertencem geralmente às camadas sociais menos favorecidas, com situações patrimoniais individuais infinitamente diferenciadas, sem ou quase nenhuma aptidão financeira para arcar com os valores da indenização, a exigência do pagamento a seu cargo levará a que, na maioria dos casos, o caráter revolucionário das previsões dos §§ 4º e 5º do art. 1.228, a que se refere Miguel Reale, não passe de uma forma linguística sonora, com pouca força persuasiva.

Na reflexão de Perez Luño, a acepção positiva de retórica constitui a expressão linguística de pensamentos e crenças com maior dose de eficácia comunicativa. Nesse sentido, a retórica tem por objeto a persuasão e como método a argumentação dirigida a convencer; não a enganar ou manipular os interlocutores. Assim entendida, desempenha a

¹³³¹ ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil, *in* A Reconstrução do Direito Privado (Organizadora – Judith Martins-Costa), Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 854.

retórica uma relevante função da consecução de objetivos morais e políticos, nesse sentido devendo ser entendidos os discursos dos direitos humanos.¹³³²

O outro empecilho é a exigência da posse de boa-fé por parte dos ocupantes nos cinco anos necessários ao requerimento do desapossamento. Sendo a posse de boa-fé aquela na qual o possuidor acredita que o seu direito é bom, ignorando o vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa (art. 1.201 – Código Civil), dificilmente o requisito, nas circunstâncias de uma ocupação urbana difusa e diferenciada em cada possuidor, poderá ser configurado por parte “de considerável número de pessoas”, como manda a lei!

Ressalvem-se as hipóteses, seguramente raríssimas em face do desordenado de uma ocupação urbana livre, de um ou outro ocupante dispor do justo título que implique a presunção *juris tantum* da boa-fé. Esse empecilho da boa-fé, que na prática pode frustrar o alto sentido social da inovação, poderia de *lege ferenda* ser contornado pela exigência somente da posse justa, o que impediria o acesso ao benefício, mesmo na posse de má-fé, da parte de quem a terra chegasse de forma violenta, clandestina ou precária.¹³³³ Para contornar a dificuldade por via exegetica, há quem proponha, mesmo *contra legem*, a interpretação restritiva do § 4º, para excluir a posse de boa-fé dos requisitos legais da concessão do desapossamento.¹³³⁴

Mas, até que a redação dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 venha a ser alterada, uma saída será a sua aplicação sob os auspícios da Lei 4.132, de 10 de setembro de 1962, que dispõe sobre os casos de desapropriação por interesse social e que considera como interesse social, para fins de desapropriação, “a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias” (art. 2º, IV).

Na dificuldade concreta de aplicação do desapossamento social, quer pela dificuldade, se não impossibilidade de pagamento da justa indenização pelos ocupantes,

¹³³² PEREZ LUÑO, Antonio-Henrique. Op. cit., pp. 38-39. (Perez Luño faz remissão a Tom Campbel, na introdução da obra coletiva *Human Rights: From Rhetoric to Reality*, citada pelo autor na distinção entre os sentidos pejorativo e positivo de retórica.)

¹³³³ Na letra do art. 1.200 do Código Civil “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.”

¹³³⁴ Enunciado da IV Jornada de Direito Civil, patrocinada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada em 2007, diz que “O conceito de posse de boa-fé contido no art. 1.201 do Código Civil não se aplica ao instituto previsto no § 4º do art. 1.228.”

pessoas em regra de baixa renda, quer pela crucial demonstração da posse de boa-fé da parte de grande número de pessoas, em situações individuais díspares e dificilmente aferíveis, poderá o poder municipal, na execução da política urbana, até mesmo em convênio com os poderes estadual e federal, promover a desapropriação do imóvel por interesse social, com posterior venda, locação ou concessão de uso aos ocupantes.

3.7.3 As Diferentes Modalidades de Usucapião

Instituto vetusto, mas de constante e renovada significação social, a usucapião, em suas diversas modalidades, tipifica uma das manifestações mais incisivas do direito à propriedade, não somente pela sua frequente ocorrência no cotidiano da vida jurídica, decorrente da sua previsão em repetidos textos legais como também porque opera por geração espontânea nas entranhas do sistema, como uma involução dialética da titularidade patrimonial, que leva à falência as faculdades inerentes à propriedade e, na consequência, à extinção do direito.

A propriedade fundiária rural que não cumpre a sua função social pode ser desapropriada por interesse social para fins de reforma agrária, mas o proprietário faz jus à indenização a ela correspondente. O proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, da mesma forma, pode ser compelido a promover o seu adequado funcionamento, sob pena de parcelamento ou edificação compulsórios e de imposto predial e territorial progressivo, como também pode tê-lo desapropriado, porém com o pagamento da correspondente indenização.

Em todas as situações, além de ser imprescindível a complexa intervenção do poder público, segundo o devido processo legal, sujeita a uma miríade de injunções políticas, econômicas e sociais, o fato é que o titular verdadeiramente não perde a sua propriedade enquanto ativo patrimonial, que apenas sofre uma mutação qualitativa, convertida que é em dinheiro, ativo desmobilizado, não raro até mesmo com maior vantagem. Mas, na usucapião, sobre ser dispensável o concurso do poder público na sua consumação — senão na formalização declaratória do título de aquisição —, satisfeitos os elementos legais, o proprietário do bem usucapido sofre efetivamente uma redução patrimonial, donde poder

ser considerada como a mais expressiva forma de acesso à propriedade, inclusive em prol de quem já seja proprietário.

Vista a propriedade como o modelo refinado do direito subjetivo individualista, a usucapião soa à primeira vista como um instituto injusto e iníquo, como uma usurpação, não se podendo compreender como possa a pessoa ser demitida da titularidade do seu direito sem um ato de renúncia ou de disposição voluntária.¹³³⁵ Mas, bem vistas as coisas, cuida-se de instituto que realiza a função social da propriedade, encontrando a sua justificação em razões de ordem social, não somente no tradicional fundamento da estabilidade das relações jurídicas, como também na perspectiva de redistribuição da propriedade.

Em matéria de justificação da propriedade, uma das teorias de maior prestígio dá o trabalho como a sua causa eficiente. É o esforço do trabalho que confere valor às coisas que estão na natureza. A natureza e as suas dádivas são livres e acessíveis a todos, mas o trabalho daquele que retirou as coisas do estado comum no qual se encontravam, ou as transformou, acrescentando-lhes valor, é que fixa sobre elas a propriedade. Pela lei original da natureza, positivada pela sociedade civil, os esforços do trabalho do homem transformam o seu resultado em objeto da sua legítima propriedade.¹³³⁶

A usucapião, sobretudo na sua moderna função de instrumento social de acesso à propriedade, que associa o decurso do tempo de posse ao trabalho daquele que ocupa, trabalha e valoriza a terra e realiza a sua vocação de cultivo, fazendo dela um mecanismo de conquista do espaço de autonomia pessoal e familiar, traduz em essência uma aplicação da teoria do trabalho como título da propriedade. Na advertência de Jean-Jacques Rousseau, o Estado social só é vantajoso aos homens quando todos eles têm alguma coisa e quando nenhum deles tem demais. As leis são sempre úteis aos que possuem e danosas aos que nada têm.¹³³⁷

O direito de propriedade é, por definição, perpétuo e em princípio não se extingue pela falta de exercício, pelo não uso do seu objeto corpóreo. Mas, como todo direito tem

¹³³⁵ BESSONE, Darcy. Op. cit., p. 207.

¹³³⁶ LOCKE, John. Op. cit., pp. 410-411 e 420-421.

¹³³⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social, Editora Martin Claret, 2001, Livro I, Capítulo IX, Nota 6, p. 37.

um sentido social, se ao não uso do bem corpóreo, como a terra, v.g., associa-se a posse *ad usucapionem* e o uso da parte de outrem, um terceiro titular de fato da coisa, por um tempo legalmente qualificado, que realiza a sua vocação natural de gerar frutos, opera-se no íntimo do sistema uma derrogação do princípio da perpetuidade, em obséquio ao interesse social maior de valorização do trabalho, e mesmo pela necessidade social de eliminar a incerteza e firmar a segurança da situação jurídica consolidada. Assim já sucedia na matriz romana do instituto, onde surgiu para conferir proteção à posse do adquirente imperfeito que recebera a coisa sem as solenidades indispensáveis que se impunham pelos textos vigentes.¹³³⁸

A usucapião é tratada por algumas legislações como uma espécie de prescrição, a prescrição aquisitiva,¹³³⁹ pois o decurso do tempo hábil à sua configuração, ao eliminar o direito da parte perdente, origina o direito para o usucapiente, tendo, portanto, uma eficácia dúplice. Atentos ao fato de que a usucapião e a prescrição originavam-se, ambas, da ação do tempo no direito, os glosadores deram um tratamento unificado à matéria.¹³⁴⁰ Mas a civilística brasileira, já no Código Civil de 1916, firmou-se pelo tratamento distinto dos dois institutos, com base na boa doutrina. A prescrição, de perfil negativo, não gera direitos e alcança as pretensões reais e pessoais. A usucapião, diferentemente, opera somente nos direitos reais, dos quais constitui um modo de adquirir.

Discussões à parte, a usucapião contém em si e realiza a secular percepção — e assim já era inspirada a Lei das Sesmarias — de que a propriedade corpórea, e especialmente a dos bens de raiz, abomina o vazio de titularidade, de que as coisas clamam por dono. A usucapião veicula a necessidade social de que a terra, um presente da natureza a todos os homens, tenha um dono ou ocupante atual que a cure, que a cultive ou faça cultivar e que assim realize a sua vocação social de fator de produção.¹³⁴¹

¹³³⁸ WALD, Arnaldo. Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Coisas, Volume 3, Editora Revista dos Tribunais, 9ª Edição, 1993, p. 157; e LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil – Direito das Coisas –, Volume VI, 4ª Edição, Freitas Bastos Editora, 1996, pp. 682-689.

¹³³⁹ Assim, v.g., é disciplinado o instituto nos artigos 2.219-2.281 do Código Civil francês. (“De la prescription et de la possession.”)

¹³⁴⁰ BEVILAQUA, Clovis. Direito das Coisas, Volume I, História do Direito Brasileiro, Senado Federal, Obra fac-similar, agosto/2003, p. 169.

¹³⁴¹ CUNHA, Paulo Ferreira da. Op.cit., pp. 122-123.

Nisso reside a relevância transcendente da noção de posse-trabalho, destacada por Miguel Reale, no Código Civil de 2002, como “inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade”,¹³⁴² não somente como fator funcional contemporâneo da usucapião e, por isso mesmo, como razão social da redução dos seus prazos de configuração, mas também como forma de maior acesso de quem trabalha à propriedade imobiliária.

O sistema jurídico brasileiro é pródigo em previsões legais de usucapião, quiçá como uma tentativa silenciosa de resgate do grande passivo social que pesa sobre o elemento fundiário pátrio desde os tempos coloniais. A iniciar pelo Código Civil, sede natural da matéria, a usucapião de tempo longo (*longissimi temporis*), ou extraordinária, faz nascer a propriedade em favor de quem, por quinze anos, sem interrupção sem oposição, possuir como seu (*animus domini*) um imóvel, mesmo que não detenha título ou boa-fé, elementos que são dispensados. O prazo, de vinte anos pelo código anterior, foi reduzido para quinze em homenagem à posse-trabalho¹³⁴³ e passa a ser de dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.¹³⁴⁴

Já a usucapião de tempo breve, ou ordinário, faz originar a propriedade em favor de quem possuir o imóvel por dez anos, continua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, tempo que fica reduzido para cinco anos (dez anos no código revogado), se aquisição, onerosa, decorrer de imobiliário cancelado, e se os possuidores tiverem nele estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico. Nas suas situações, o direito à propriedade se origina da configuração dos requisitos legais da usucapião, tendo a sentença que o reconheça natureza apenas declaratória.¹³⁴⁵

A tendência da lei, na perspectiva dinâmica do acesso à propriedade funcionalizada, realizando a justiça social, é cada vez mais pela redução dos prazos de usucapião e pelo prestígio da posse-trabalho, o que se verifica claramente nas duas situações de usucapião

¹³⁴² REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, de 16 de janeiro de 1975, in *Novo Código Civil – Exposição de Motivos e Texto Sancionado*, Senado Federal, Brasília – 2003, p. 52

¹³⁴³ *Idem*, p. 52.

¹³⁴⁴ Confirmam-se, no Código Civil, o art. 1.238 e seu parágrafo único; e, no Código Civil – 1916, o art. 550.

¹³⁴⁵ Confirmam-se, no Código Civil, os arts. 1.238, *caput*, segunda parte, e 1.241 (este relativo às hipóteses de usucapião especial dos arts. 1.239 e 1.240); e, no Código Civil – 1916, o artigo 551.

especial, urbano (usucapião *pro habitatione*) e rural (usucapião *pro labore*), também contidas no Código Civil, no ponto inovando a codificação anterior, mas que em realidade constituem reprodução, *ipsis litteris*, de previsões da Constituição de 1988, na tradição de outros documentos constitucionais.

A teor dos arts. 183 e 191 da Constituição, respectivamente, aquele que, não sendo proprietário de outro imóvel rural ou urbano, possuir como sua, por um quinquênio ininterrupto, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva pelo seu trabalho ou de sua família, nela tendo sua moradia; ou área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, nas mesmas condições, fazendo dela uso para a sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á a propriedade, restando-lhe pedir ao juiz que o declare.¹³⁴⁶

Outra soberba manifestação da usucapião como expressão do direito à propriedade, e de forte parentesco tópico e social com o instituto do desapossamento social dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil, vem retratada no art. 10 da Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 — Estatuto da Cidade —, que prevê de forma inovadora a usucapião coletiva de áreas urbanas superiores a 250 metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos corridos (é permitida soma de posses contínuas), sem oposição, nas quais não seja possível identificar individualmente os terrenos ocupados por cada possuidor.

Se a prova tornar possível, nas mesmas condições — ocupação incontestada por cinco anos, com utilização para moradia do ocupante ou de sua família —, identificar a área, de até duzentos e cinquenta metros quadrados ocupada pelo possuidor, adquirir-lhe-á a propriedade, da mesma forma, acaso já não seja proprietário de outro imóvel, rural ou urbano (art. 9º).

Na impossibilidade de identificação individual das ocupações e desde que os possuidores já não sejam proprietários de outro imóvel, urbano ou rústico, a sentença poderá reconhecer a usucapião de forma coletiva, atribuindo igual fração ideal do terreno a cada qual, independentemente da dimensão do terreno que ocupe, num condomínio especial indivisível e insuscetível de extinção sem a manifestação favorável de pelo menos dois

¹³⁴⁶ Confirmam-se os arts. 1.239 e 1.240 do Código Civil, que reproduzem os arts. 183 e 191 da Constituição de 1988.

terços dos condôminos, em função de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

A intenção do legislador é digna de encômios, dada a finalidade social de permitir às pessoas de baixa renda o acesso à moradia, fator de autonomia pessoal e de dignidade humana, mas a aquisição, de forma coletiva, será seguramente uma fonte inesgotável de atritos e discórdias (*mater rixarum*), especialmente pela dificuldade de formalizar as futuras transações. Como as cessões e alienações, de direito e, sobretudo, de fato, serão inevitáveis, seja pela própria cultura dinâmica informal que gerenciou a ocupação, seja pela alta mobilidade da população, o condomínio pode facilmente se descaracterizar na sua concepção de ordenação social da cidade, tendendo a retornar, como pela ordem natural das coisas, ao *statu quo ante* da informalidade.

Seja como for, tamanhos foram o desvelo e o empenho do legislador na eficácia da usucapião especial de imóvel urbano, nos objetivos maiores de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, que chegou a vedar, na constância da respectiva ação, até mesmo o andamento de ações outras relativas ao imóvel usucapiendo, petições ou possessórias, e legitimou ativamente inclusive a associação de moradores da comunidade, regulamente constituída, desde que autorizada pelos representados. Estabeleceu, outrossim, em sede processual, a gratuidade da justiça, até mesmo perante o registro imobiliário, a possibilidade de alegação da usucapião como matéria de defesa e o rito sumário.¹³⁴⁷

Mas a usucapião constitucional *pro labore* — retome-se o tema — já constava da Constituição de 1934, que inaugurou o Estado social no Brasil. Pela previsão do seu art. 125, todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupasse por dez anos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terras de até dez hectares, tornando-o produtivo pelo seu trabalho e tendo nele moradia, adquirir-lhe-ia o domínio (*rectius*: a propriedade). Preceito do mesmo teor foi reproduzido nas Constituições de 1937 (art. 148) e de 1946, esta ampliando a dimensão da gleba usucapível para vinte e cinco hectares (art. 156, § 3º); e, posteriormente, para cem hectares, pela EC n. 10, de 9 de

¹³⁴⁷ Confirmam-se os arts. 10 *usque* 14 do Estatuto da Cidade; e o art. 275, II, g) do Código de Processo Civil, este sobre o rito sumário.

novembro de 1964, dispositivo que ingressou na Lei 4.504/1964 (Estatuto da Terra), mas sem previsão nominal de dimensão.¹³⁴⁸

A Constituição de 1967 e a EC n. 1, de 1969, curiosamente, não trataram do assunto, se bem que dispusessem que lei federal disporia sobre as condições de legitimação da posse e da preferência para a aquisição, até cem hectares, de terras públicas àqueles que as tornassem produtivas com o seu trabalho e de sua família.¹³⁴⁹ A expressão “legitimação da posse” não é sinônima de regularização da posse, que pode ocorrer, *v.g.*, através da alienação onerosa da terra. Significa, sim, dentro da tradição brasileira, uma transferência gratuita das terras públicas ocupadas e cultivadas, na forma da lei, para a propriedade particular, dentro de uma política social de valorização da posse agrária. Para não falar da legitimação de posses promovida pelo art. 5º da distante Lei Imperial 601, de 18 de setembro de 1850, o art. 99 da Lei 4.504/1074 (Estatuto da Terra), *v.g.*, dispõe que “A transferência do domínio ao posseiro de terras devolutas federais efetivar-se-á no competente processo administrativo de legitimação de posse, cujos atos e termos obedecerão às normas do Regulamento da presente Lei”.¹³⁵⁰

Mas, até que a Constituição de 1988 retomasse a tradição da posse-trabalho como fator de usucapião (art. 191), a Lei 6.969, de 10 de dezembro de 1981, dispôs sobre a aquisição de imóveis rurais por usucapião especial, incidindo sobre terras particulares e mesmo sobre terras devolutas, em proveito daquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possuísse como sua, sem oposição, por cinco anos corridos, área rural contínua não excedente de vinte e cinco hectares, ou equivalente ao módulo rural, sendo

¹³⁴⁸ “Art. 98. Todo aquele que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, tornando-o produtivo por seu trabalho, e tendo nele sua moradia, trecho de terra com área caracterizada como suficiente para, por seu cultivo direto pelo lavrador e sua família, garantir-lhes a subsistência, o progresso social e econômico, nas dimensões fixadas por esta Lei, para o módulo de propriedade, adquirir-lhe-á o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.”

¹³⁴⁹ Confirmam-se os arts. 164 e 171, respectivamente.

¹³⁵⁰ Outros exemplos existem no ordenamento jurídico: o Decreto-lei 9.760, de 05/09/1946, que dispõe sobre os bens imóveis da União, prevê a legitimação de posse de terras devolutas, com o pagamento de uma taxa de legitimação, em percentual sobre a avaliação da terra (arts. 164-170); e a Lei 6.383, de 07/12/1976, que dispõe sobre o processo discriminatório de terras devolutas da União, estipula também a legitimação de posse de área contínua de até cem hectares, em relação ao ocupante de terras, sob as condições que especifica (art. 29).

este maior, tornada produtiva com o seu trabalho, nela mantendo moradia, mesmo sem dispor de boa-fé ou justo título.

A previsão da Lei 6.969/1981 veio a ser retomada, com matizes diversos, inclusive ampliando a área usucapível de vinte e cinco para cinquenta hectares, pela Constituição de 1988 — não foi, portanto, totalmente recepcionada pela nova ordem constitucional —, cujo art. 191, depois de ressaltar que os imóveis públicos não serão objeto de usucapião, dispõe que “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”.

Disposições outras da Lei 6.969/1981, especialmente as de natureza processual, vieram a ser adotadas pelo Estatuto da Cidade, quando dispôs sobre a usucapião urbana coletiva, inclusive a previsão de intervenção obrigatória, *custos legis*, do Ministério Público. Na sua concepção que privilegia os valores coletivos, acima dos individuais, o Código Civil de 2002, como já destacado, abriga dispositivo que reproduz na literalidade o preceito constitucional da usucapião *pro labore* (art. 1.239).

Submersas, embora, na imensidão do oceano do sistema jurídico, com emersões esporádicas e quiçá estaticamente pouco significantes, em face das miríades de titularidades patrimoniais, reais e pessoais, do direito de propriedade, as matrizes legais da usucapião, até mesmo de bens móveis, de toda forma tipificam autênticas manifestações do direito à propriedade.

3.7.4 O Princípio Constitucional do Direito a Moradia

A percepção atual do mínimo existencial, na óptica do direito à moradia, tem raízes históricas milenares na família antiga, cuja casa, sobre servir-lhe de abrigo, era também um santuário de culto aos antepassados. A família, a religião doméstica e a propriedade eram inseparáveis. “Cada família, tendo os seus deuses e o seu culto, precisava ter também o seu

lugar particular no solo, o seu domicílio isolado, a sua propriedade.”¹³⁵¹ A partir dessa noção sagrada de casa, pela qual o homem antigo participa da divindade, tem-se modernamente a ideia secularizada de casa como asilo inviolável do indivíduo, na qual ninguém pode penetrar sem o seu consentimento.

Na evolução dessacralizada da ideia, e tendo em conta a contingência humana da necessidade de abrigo e a evidência de que ele precisa ser construído pelo esforço e pelo trabalho do homem,¹³⁵² a Declaração Universal dos Direitos do Homem relaciona a habitação entre os componentes indispensáveis do padrão de vida a que o homem tem direito.¹³⁵³ Já o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, estabelece, na mesma pauta da busca da dignidade do homem, que a moradia adequada constitui um componente indissociável ao nível de vida adequado da pessoa e de sua família (art. 11.1).¹³⁵⁴

Considere-se, ainda no prólogo ao tema em causa, mas já nos domínios do direito posto, o pressuposto de que os direitos sociais prestacionais, enquanto titularidades de lastro patrimonial (econômico e financeiro), podem ser reconduzidos à concepção genérica de propriedade.¹³⁵⁵ E, no desdobramento, que os direitos sociais prestacionais, nos quais indubitavelmente se inscreve o direito à moradia, devem ser reconhecidos, nos segmentos de pretensão e de concretização, em potencial ou efetivamente, com a sua verdadeira face: formas de manifestação do direito de propriedade, ou direito de acesso a ela, considerada na perspectiva do mínimo existencial.

Dispõe a Constituição de 1988 ser da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (art. 23, IX), previsão que, no entender de alguns, já representava, em si mesma, considerado o poder-dever do Estado

¹³⁵¹ DE COULANGES, Numa-Denis Fustel. *A Cidade Antiga*, Ediouro Publicações S.A, 2003 (tradução de Aurelio Barroso Rebello e Laura Alves), p. 88.

¹³⁵² HART, Herbert Lionel Adolphus. *Op. cit.*, p. 212.

¹³⁵³ Declaração Universal dos Direitos do Homem, editada pelas Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 – art. XXV, 1.

¹³⁵⁴ O Pacto dos Direitos Econômicos foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12/12/1991, e promulgado pelo Decreto 591, de 6/7/1992.

¹³⁵⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV (Direitos Fundamentais), Coimbra Editora, 1988, p. 434.

em face daquele comando, uma expressão implícita do direito à moradia, como contrapartida àquele poder-dever.¹³⁵⁶

É que, também por previsão nominal da Constituição, os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (art. 5º, § 2º), sendo de ser lembrado, ainda que somente no plano do discurso retórico constitucional — a acepção positiva de retórica, já foi visto, enquanto expressão linguística de pensamentos e crenças, dotados de eficácia comunicativa, tem por objeto a persuasão e como método a argumentação dirigida a convencer —, que a previsão referente ao salário mínimo tradicionalmente lista a moradia do trabalhador entre as necessidades básicas a ser atendidas (art. 7º, IV).

Além disso, a fundamentalidade material e social do direito à moradia traduz uma derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui, no testemunho de todos os analistas, a referibilidade comum a todos os direitos fundamentais. Mas foi somente com a EC n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, que o direito à moradia recebeu a devida positivação no texto constitucional, para ser incluído no rol dos direitos sociais, entre outros direitos sociais fundamentais ali arrolados, tais como a educação, a saúde e o trabalho (art. 6º), conquanto a sua eficácia e justicialidade sejam assaz complexas e sujeitas a muitos percalços institucionais e materiais.

Embora haja discussão sobre a definição e a real extensão do direito à moradia, são mais ou menos assentes as ideias de que ele, em essência, significa um lugar como residência,¹³⁵⁷ ou, num senso mais elaborado, uma habitação digna, de dimensões adequadas, servida pelos devidos equipamentos urbanos e comunitários, apta a propiciar aos seus ocupantes privacidade e tranqüilidade; e de que, na extensão, jamais deve ser entendido como um sinônimo de casa própria. Ter oportunidade material, por esforço próprio ou sob instância de políticas públicas — *v.g.*, de edificação para locação, ou de renúncias fiscais tendentes a tornar as locações mais acessíveis —, de residir em imóvel alugado, constitui igualmente uma forma de realização do direito de habitação.

¹³⁵⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 20ª Edição, Malheiros Editores, 2002, p. 313.

¹³⁵⁷ *Idem*, p. 313.

A previsão da Constituição brasileira, sem dúvida um passo explícito adiante no já implícito direito constitucional à moradia, porém excessivamente tímido, segue as pegadas de outras cartas constitucionais — v.g., a espanhola (art. 47) e a portuguesa (art. 65) —, todavia não é tão prospectiva como ocorre em outras terras. A Constituição portuguesa, v.g., estabelece que “Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar” (art. 65).

Em passos mais ousados, dispõe a Carta lusa que incumbe ao Estado, para assegurar o direito à habitação, entre outras medidas: a) programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social; b) promover, em colaboração com as regiões autônomas e com as autarquias locais, a construção de habitações econômicas e sociais; c) estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada; e d) incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais e das populações, tendentes a resolver os respectivos problemas habitacionais e a fomentar a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução.

Em anotações ao art. 65º da Constituição portuguesa, Canotilho e Vital Moreira observam que o direito à habitação — este é o termo usado em Portugal — tem, à semelhança de outros direitos sociais, uma dupla natureza: de um lado, reveste a forma de um direito negativo, ou direito de defesa, de não se privado arbitrariamente da habitação ou de não ser impedido de ter acesso a ela; de outro, consiste no direito de obtê-la por via da propriedade ou do arrendamento, traduzindo-se em prestações estatais próprias à realização do objetivo como direito social.¹³⁵⁸

Ressalta a doutrina que são numerosas as modalidades ou formas pela quais pode o Estado, firmando o objeto e o conteúdo das prestações possíveis, alocar as condições materiais necessárias ao exercício do direito à moradia. As multiplicidades de opções, no âmbito da atividade prestacional social do Estado, tende a ser ilimitada, não passando

¹³⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa – Anotada, 1ª Edição brasileira e 4ª Edição portuguesa, Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2007, pp. 833-834.

somente pelos núcleos do direito de propriedade ou do direito à propriedade imobiliária, senão também por outras opções conformadoras, entre elas prestações jurídicas, como a que restringe a penhorabilidade do bem.

Na reflexão de Canotilho, a dimensão objetiva dos direitos econômicos, sociais e culturais é modelada de duas formas: pela imposição legiferante, em ordem a que o legislador aja positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o seu exercício; e pelo fornecimento propriamente dito de prestações aos cidadãos, que conferem densidade à dimensão subjetiva desses direitos, na execução específica das imposições institucionais.¹³⁵⁹

Aludindo às tentativas doutrinárias de dar algum viés de sistema às prestações sociais estatais relevantes na perspectiva da exequibilidade dos direitos fundamentais sociais, Ingo Sarlet alude a estudo do publicista alemão Dieter Murswiek, que as dividiu em quatro grupos, em sistematização que, *exceptis excipiendis* e tendo em conta a plasticidade natural dessas prestações, pode ter aplicação no cenário brasileiro: a) prestações sociais *stricto sensu*, como, *v.g.*, a assistência social, aposentadoria, saúde, fomento à educação; b) subvenções materiais em geral, não subsumíveis na alínea “a”; c) prestações de cunho existencial no âmbito da providência social, expressas na utilização de bens públicos e no fornecimento dos serviços básicos de energia elétrica, gás e água potável; e d) a participação em bens comunitários não enquadráveis na alínea “c”, como, *v.g.*, nos recursos naturais da propriedade pública.¹³⁶⁰

E destaca, a partir do estudo, que os diversos direitos sociais prestacionais podem apresentar vínculos diferenciados em relação às modalidades de prestações estatais referidas — *v.g.*, direito ao trabalho, direito à educação, assistência social — e, sobretudo, que diferentes modalidades referidas de prestações não constituem um catálogo hermético e insuscetível de expansão. Diferentemente dos direitos de defesa, os direitos sociais acham-se intimamente vinculados “às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos

¹³⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 7ª Edição, 2003, p. 476.

¹³⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 7ª Edição, Livraria do Advogado Editora, 2007, pp. 300-301.

recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitam”.¹³⁶¹

No plano brasileiro e nos termos da Constituição, incumbe ao Município “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII). Em face do fenômeno moderno da urbanização — “processo pelo qual a população urbana cresce em proporção superior à população rural”¹³⁶²—, típico da sociedade moderna industrializada, e em face da necessidade instantânea de urbanificação, para transformar o meio urbano e criar novas formas urbanas, com ordenação dos espaços habitáveis,¹³⁶³ o urbanismo implica uma política urbana na perspectiva do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, na diretriz (entre outras) da garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido, sem prejuízo de outros fatores qualitativos, como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental e à infra estrutura urbana.¹³⁶⁴

A política urbanística sustentável, portanto, basicamente a cargo do poder local, porém com coparticipação institucional da União, que institui diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação e saneamento básico (art. 21, XX – CF), dos Estados e do Distrito Federal (art. 23, IX – CF), afigura-se como um fator decisivo de acesso ao direito de propriedade, consubstanciado no direito social à moradia. Como foi visto, uma das hipóteses legais de desapropriação por interesse social, fora da reforma agrária, é a construção de habitações populares.¹³⁶⁵

A propósito da Constituição portuguesa, Canotilho e Vital Moreira enfatizam que ela sugere uma tendencial relação de instrumentalidade do urbanismo em relação à habitação — o título que nomina o art. 65º, na Carta lusa, é o de “habitação e urbanismo” —, pela qual a garantia da realização do direito à habitação, na contrapartida, implica também a garantia através da organização e do procedimento urbanísticos, sobretudo

¹³⁶¹ *Idem*, p. 301.

¹³⁶² SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, Malheiros Editores, 2ª Edição, 1995 (2ª tiragem), p. 21.

¹³⁶³ *Idem*, pp. 21 e 22.

¹³⁶⁴ Assim dispõe a Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 (art. 2º, I) – Estatuto da Cidade.

¹³⁶⁵ Lei 4.132, de 10 de setembro de 1962 – artigo 2º, inciso V.

porque o urbanismo é e deve ser articulado com planejamento, ordenamento territorial e qualidade de vida.¹³⁶⁶

Visto o direito à propriedade no plano infraconstitucional, não deve ficar sem menção a hoje esquecida Lei 4.380, de 21 de agosto de 1964, que criou o sistema financeiro da habitação de interesse social e, para operacionalizá-lo, o Banco Nacional da Habitação — BNH, depois sucedido pela Caixa Econômica Federal. Essa lei — hoje exaurida na sua concepção de obtenção da casa própria, dado que o SFH, descaracterizado pelas contradições da recessão econômica, pelos longos anos de alta inflação e pelo clientelismo, hoje praticamente já não é utilizado em novos financiamentos habitacionais¹³⁶⁷ —, sob cuja égide centenas de milhares de pessoas tiveram acesso à casa própria, estabelecia que teriam prioridade na aplicação dos recursos do SFH a construção de conjuntos habitacionais destinados à eliminação de favelas, mocambos e outras aglomerações em condições sub-humanas de habitação; os projetos municipais ou estaduais que, com as ofertas de terrenos já urbanizados e dotados dos necessários melhoramentos, permitissem o início imediato da construção de habitações; e os projetos de cooperativas e outras formas associativas de construção da casa própria (art. 4º).

Diga-se o mesmo da proteção ao bem de família,¹³⁶⁸ uma das manifestações mais visíveis do direito social à moradia, no formato de direito negativo — não ser privado da habitação. Por uma prestação normativa do Estado, dá-se a vedação de penhora do imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar, nos termos da Lei 8.009, de 29 de março de 1990, por qualquer dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, “contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam”, com as exceções ali previstas.¹³⁶⁹ É o bem de família obrigatório,

¹³⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 834.

¹³⁶⁷ Foi editada, com outra concepção (inspirada no sistema hipotecário americano), a Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, criando o Sistema Financeiro Imobiliário – SFI e permitindo a alienação fiduciária em garantia nas operações de financiamento imobiliário.

¹³⁶⁸ A origem histórica do bem de família estaria ligado ao atual Estado do Texas, nos Estados Unidos, no início do século XIX. Ali, em face da grande crise econômica, foi editada uma lei (Homestead Exemption Act) em 26/01/1839, permitindo que ficasse isenta de penhora a pequena propriedade, desde que fosse a residência do devedor. (Cf. Álvaro Vilaça de Azevedo, Bem de Família (Com comentários à Lei 8.009/90), Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2002, pp. 24-25.

¹³⁶⁹ Cf. artigos 1º, 3º e 4º da Lei 8.009/1990.

involuntário ou legal, que vem imposto por norma de ordem pública, em defesa da entidade familiar.

O instituto, na realidade, já era previsto na parte geral do Código Civil de 1916, sob instituição por ato voluntário dos chefes de família, mediante escritura pública, com cláusula de isenção de execução, salvo por dívidas de impostos relativos ao próprio imóvel.¹³⁷⁰ O Código Civil de 2002 deslocou a matéria para o direito de família, mas manteve o formato de ato voluntário dos cônjuges, companheiros ou terceiros, mediante escritura pública ou testamento, da mesma forma imune da pretensão executória dos credores, salvo na execução por dívida de tributos relativos ao imóvel ou de despesas de condomínio.¹³⁷¹

Preceito protetivo da mesma similitude vem inscrito de forma pioneira — as Cartas anteriores não o contemplavam — no art. 5º, XXVI, da Constituição de 1988, tendo em vista a proteção da família do rurícola, cuja pequena propriedade, o seu mínimo essencial, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva. Completando o preceito, estabelece a Constituição que a pequena e média propriedade rural, sendo a única do proprietário, são imunes à desapropriação agrária (art. 185, I).

Não deixa de ser útil uma rápida incursão nos domínios pretorianos do bem de família, tendo-se em conta que os direitos fundamentais podem conduzir a uma complementação e correção do direito privado pela via do desenvolvimento judicial, exercendo essa influência também na função enquanto mandamentos de tutela,¹³⁷² podendo mesmo ser violados pelos tribunais quando não os protegem suficientemente.¹³⁷³

Sirva de ilustração o polêmico precedente do STF, *au grand complet*, no RE 407.688 – 8/SP, julgado em 08 de fevereiro de 2006. Como se viu, a Lei 8.009, de 29 de

¹³⁷⁰ Cf. artigos 70 *usque* 73.

¹³⁷¹ Cf. artigos 1.711 *usque* 1.722.

¹³⁷² “A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivos dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado.” (Cf. Gilmar Ferreira Mendes, in *Direitos Constitucionais e Controle de Constitucionalidade*, 2ª Edição, Celso Bastos Editor, p.46.)

¹³⁷³ CANARIS, Claus-Wilhelm. A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (Ingo Wolfgang Sarlet – Organizador), Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 233.

março de 1990, estipula que o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam proprietários e nele residam (art. 1º), e que a impenhorabilidade não é oponível em execução civil, entre outros casos, “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”. (art. 3º, VII).

Positivado em sede constitucional o direito à moradia, com a EC n. 26, de 14/2/2000, passou-se a discutir se persistia a exceção à impenhorabilidade “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.” Na base do precedente do STF estava acórdão do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, em agravo de instrumento, indeferindo pedido de liberação do bem de família que havia sido penhorado em execução cível, na compreensão, portanto, de que o direito social à moradia não derogara a penhora excepcional do bem de família.

Decidiu a Corte, por maioria, que a penhorabilidade persiste depois da EC 26/2000, afirmando que a regra constitucional enuncia um direito social que, mesmo suscetível de qualificar-se como direito subjetivo, compondo o espaço existencial da pessoa humana “independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas”, tem dimensão objetiva que supõe provisão legal de prestações aos cidadãos, na classe dos “direitos a prestações dependentes de actividade mediadora dos poderes públicos”; e que em teoria são várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pela quais pode o Estado, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar as condições materiais para o seu exercício.

Destacou, outrossim, num juízo de ponderação — em face da colisão entre o direito à moradia e o direito à liberdade, expressa na autonomia da vontade, ambos de estatura fundamental —, que o direito social à moradia, que não se confunde com a titularidade da propriedade do imóvel ou com o direito de ser proprietário de imóvel, pode, sem prejuízo de alternativas conformadoras, “reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais das locadoras”.

Na visão do precedente, a expropriabilidade do bem do fiador, conquanto constitua bem de família, tende a proteger, mesmo por via indireta, o direito social de moradia,

protegendo direito inerente à condição de locador, e não um direito de crédito qualquer, tanto mais que “ao direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios.”¹³⁷⁴

Enfatizou-se, a final, que a norma infraconstitucional, na modelação desse direito social, pode fazê-lo pelo estímulo do acesso à habitação alugada, em prol do direito de moradia de um amplo contingente de pessoas interessadas na locação, em detrimento do menor contingente de pessoas fiadoras proprietárias de um só imóvel, que não são obrigadas a prestar fiança; e que, castrar essa técnica legislativa implicaria romper o equilíbrio de mercado “despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia”.¹³⁷⁵

Cuida-se de tema desafiante, prenhe de controvérsias¹³⁷⁶ e que comporta pelo menos duas leituras. Na primeira, de curta distância, soa um tanto paradoxal que o direito social à moradia possa ser concretizado, prestigiado e incentivado, com dignidade constitucional, justamente na contramão do direito à casa própria, com a expropriabilidade do imóvel do fiador que, sendo o único por ele adquirido — e isso, via de regra, não ocorre sem grande sacrifício —, tenha ainda o qualificativo de bem de família, quando o direito do locador pode ser satisfeito por outros meios, entre eles a fiança bancária.

Parece tomar a dianteira, na perspectiva dessa leitura, a ideia de que, no conflito entre os interesses econômicos e os ideais de justiça, cada vez mais presente na moderna

¹³⁷⁴ Reflexão de José Eduardo Farias, in *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*, transcrita pelo Ministro Relator.

¹³⁷⁵ STF – Plenário, RE n. 407.688/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ 06/10/2006. (Cf. Informativo do Supremo Tribunal, Federal n. 416, de 22 de junho de 2006.)

¹³⁷⁶ No julgamento, o Ministro Eros Grau, em voto vencido, destacou que o STF, nos Recursos Extraordinários 352.940 e 449.657 pela não recepção, pelo art. 6º da Constituição, com a redação da EC n. 26/2000, da Lei 8.245/91, que ressalva a penhora de imóvel do fiador em contrato de locação; e que a impenhorabilidade do imóvel residencial “instrumenta a proteção do indivíduo e de sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a proteger a sua subsistência.” Destacou também que não estava apegado à lógica de mercado, senão à Constituição. O Ministro Carlos Britto, também vencido, entendia que o direito à moradia se torna indisponível e não potestativo. O Ministro Celso de Mello, da mesma forma vencido, entendeu, em erudito voto, basicamente que a moradia é uma necessidade básica da pessoa, sendo indispensável que o Estado lhe dê consequência.

sociedade ocidental, os processos sociais e políticos assumem caráter primordialmente econômico, quase sempre se dando destaque a uma análise econômica do Direito, que trata das questões jurídicas a partir da perspectiva da eficiência econômica.¹³⁷⁷

Na segunda leitura, a partir de uma visão de sistema e, portanto, mais distanciada do caso, tem relevo no precedente a promissora atuação dos tribunais em face dos processos sociais, econômicos e políticos, conferindo à jurisdição constitucional, determinante do conteúdo dos direitos fundamentais, um papel transcendental na busca mais da justiça econômica e menos da eficiência da economia.¹³⁷⁸

O Superior Tribunal de Justiça registra precedentes que prestigiam a linha exegética do STF,¹³⁷⁹ mas é auspicioso registrar na mesma Corte, na interpretação ampla do direito social à moradia, a edição do enunciado 364 da sua Súmula, afirmando que “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

3.7.5 Os Direitos Originários da Tradicional Ocupação das Terras Indígenas. As Comunidades Quilombolas

A questão das terras indígenas, na perspectiva sobretudo do direito originário de ocupação por parte dessas populações, conquanto tenha a idade cronológica brasileira e ostente respeitável arcabouço legal, na prática está ainda na infância do seu desenvolvimento, sem falar nos frequentes registros de “mortalidade infantil”. Tantas são as leituras da questão, evoluindo e involuindo, que, se visto em face da cruel realidade de certas populações indígenas, o tratamento que o sistema jurídico brasileiro confere à questão não passa de uma espécie de mea-culpa.

¹³⁷⁷ CASTRO, Marcus Faro de. “Julgar a Economia” – Revista do Tribunal Superior do Trabalho, ano 68, janeiro/março – 2002, pp. 190-203.

¹³⁷⁸ *Idem*, pp. 194, 199 e 201.

¹³⁷⁹ Cf., *exempli gratia*, o RE 951.649/SP, 5ª Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 17/12/2007; no RE 949.499.649/RS, todavia, a 2ª Turma, em julgamento de 05/08/2008, examinando o tema à luz da Lei 8.099/1990, não permitiu a penhora do imóvel residencial qualificado como bem de família. Foi Relator o Ministro Mauro Campbel Marques. (Não estava em causa, ao que parece, a situação empírica que deu base ao precedente do STF.)

O destaque do momento centra-se somente na leitura dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas no prisma do direito de acesso à propriedade ou do direito a propriedade em prol das populações indígenas, na qualidade de ocupantes originários das terras brasileiras, tema que vem sendo debatido ao longo de séculos.

Diz-se mesmo que a tradição republicana da defesa das terras indígenas tem raízes na Colônia, sobretudo quando o índio passou a ser domesticado, convertido e submetido à política de aldeamentos. No Regimento de Tomé de Souza, D. João III traça as primeiras linhas da política oficial em relação ao indígena, acerca do qual se recomendava a cautela de “confiar desconfiando”.¹³⁸⁰ Alvará de 1º de abril de 1680 firmou o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado “o direito dos índios, primários e naturais ocupantes delas”.¹³⁸¹

Nos termos da Lei Imperial 601, de 18 de setembro de 1850, as sesmarias e concessões do Governo Geral ou Provincial seriam revalidadas se estivessem cultivadas ou com princípios de cultura e moradia habitual do respectivo sesmeiro ou concessionário, diretriz fundiária que também se aplicava às posses mansas e pacíficas, havidas por ocupação primária ou do primeiro ocupante, que, nas mesmas condições, seriam legitimadas (art.4º e 5º), solução que João Mendes Júnior sustentou não se aplicar aos índios, sobretudo os de terras longínquas e até desconhecidas, que naturalmente não poderiam enquadrar-se naquelas exigências, tendo o Decreto 1.318, de 30 de janeiro de 1854, que regulamentou a Lei de Terras, nessa compreensão, mandado reservar terras devolutas para os aldeamentos de indígenas nos distritos nos quais existissem hordas selvagens, independentemente das formalidades de legitimação de posse (arts.72 a 75), visto que as terras já lhes pertenciam em virtude do direito à reserva, fundado justamente no Alvará de 1º de abril de 1680.¹³⁸²

Em outro ângulo, de índole histórica, as relações dos indígenas com a terra, aqui e alhures, evidenciam para alguns estudiosos traços da propriedade coletiva ou comum, mas

¹³⁸⁰ PORTO, Costa. Estudo sobre o Sistema Sesmarial, Imprensa Universitária, Recife, 1965, pp. 154-155.

¹³⁸¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 20ª Edição, Malheiros Editores, 2002, p. 830.

¹³⁸² JUNIOR, João Mendes. Os Indígenas do Brasil – Seus Direitos Individuais e Políticos, São Paulo, Tipografia Hennes Irmãos, 1912, pp. 56-57.

sem o caráter de exclusividade do uso pelo titular. Já se destacou que o estudo das populações indígenas mostra a alguns estudiosos os vestígios históricos da propriedade coletiva: assim faz Georg von Maurer, em relação às tribos germânicas primitivas, e Lewis Henry Morgan, quanto aos indígenas americanos.

A Constituição de 1988, na tradição linguística do constitucionalismo brasileiro a partir de 1934, afirma que são reconhecidos aos índios “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. E que terras ocupadas tradicionalmente pelos índios são “as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (art. 231, *caput* e § 1º).

E acrescenta que “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”. (art. 231, § 2º). As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são de propriedade da União (art. 21, XI), porém são destinadas de forma permanente à sua sobrevivência, mediante usufruto por determinação legal (constitucional). A expressão ou o proveito econômico das faculdades de uso e gozo (*jus utendi et fruendi*), inerentes ao proprietário, são transferidas aos indígenas. Não se trata de usufruto contratual, que se constitui mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.391 – Cód. Civil).

A linguagem da Constituição, um tanto ambígua, evoca a ideia de uma recepção, mesmo imprecisa, da teoria da ocupação — reconhecimento implica um juízo declaratório de uma situação jurídica anterior —, uma das clássicas concepções a respeito da origem da propriedade, discutidas pela filosofia do direito e pela economia, em conformidade com a qual a propriedade individual se funda no ato de ocupação primária,¹³⁸³ segundo a lei da liberdade externa de todos,¹³⁸⁴ teoria que na verdade afirma um fato mas não constrói uma

¹³⁸³ BEVILAQUA, Clóvis. Direito das Coisas, Volume I, História do Direito Brasileiro, Senado Federal, Obra fac-similar, agosto/2003, p. 128.

¹³⁸⁴ KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes, tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini, EDIPRO – Edições Profissionais Ltda., 1ª Edição, 2003, p. 108.

doutrina, considerando que ocupação, em si mesma, origina um estado de fato mas deixa em aberto a questão do fundamento jurídico e da legitimidade.¹³⁸⁵

Mas, bem feitas as contas, a ocupação tradicional dos índios, que tem gênese no indigenato, não lhes confere o direito de propriedade das terras, que por preceito constitucional pertencem à União. A posse, informada pelo *modus vivendi* tradicional da tribo, traduz somente um fator compulsório de afetação desses bens à organização social dos índios, criando para a União uma propriedade vinculada ou reservada, destinada a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente.¹³⁸⁶

Dispõe a Constituição, outrossim, numa valentia linguística que trai a ideia do resgate de um débito social e histórico para com as populações indígenas, mas que, muitas vezes, na imprevisibilidade da casuística fática, tropeça no princípio também constitucional da inviolabilidade da propriedade (art. 5º), que as terras ocupadas tradicionalmente pelos índios são inalienáveis e indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis. E que “São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé” (art.231, §§ 4º e 6º).

A temática do direito originário de ocupação das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios vem, com diferentes matizes, constando da pauta das cartas constitucionais brasileiras a partir da Constituição de 1934, a que primeiro constitucionalizou a questão indígena, para dispor que competia à União legislar sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional” (ar. 5º, XIX, “m”) e que “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nellas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las” (art. 129). Tratou o constituinte da exigência de localização permanente,

¹³⁸⁵ BEVILAQUA, Clóvis. Direito das Coisas, Volume I, História do Direito Brasileiro, Senado Federal, Obra fac-similar, agosto/2003, p.128; e SODRÉ, Ruy de Azevedo. Função Social da Propriedade. Empresa Gráfica da “Revista dos Tribunais”, São Paulo, (sem data de edição), pp. 17-18.

¹³⁸⁶ STF – 1ª Turma, RE n. 183.188 – 0/MS, julgado em 10/12/1996, Relator Ministro Celso de Mello.

mas silenciou a respeito da propriedade das terras e, conseqüentemente, da nulidade de eventual alienação, senão de forma implícita e virtual.

A Constituição de 1937 repetiu o preceito da Carta anterior, ao dizer que “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se acham localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas” (art. 154). A Constituição de 1946, voltando a falar em “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional” (art. 5º, XV, “r”), dispôs que “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não as transferirem” (art. 216).

Até aí as constituições mandavam respeitar a posse das terras ocupadas pelos indígenas, mas não definiam a questão da propriedade. A regulamentação e legitimação dessas terras era obra dos Estados. Somente a Carta de 1967, promulgada durante o regime militar, é que definiu a propriedade da União sobre as “as terras ocupadas pelos silvícolas” (art. 4º, IV) e dispôs que “será assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes” (art. 186).

A Emenda Constitucional n. 1/69, a par de repetir que são bens da União “as terras ocupadas pelos silvícolas” (art. 4º, IV), estabeleceu que as que “As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes”; e que “Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras ocupadas pelos silvícolas”, sem direito a indenização (art. 198, §§ 1º e 2º).

Está na base histórica dessa dinâmica o instituto do indigenato, fonte congênita e primária da posse territorial, que expressa o regime administrativo e o tratamento institucional que a metrópole passou a aplicar aos índios da Colônia, pelo qual, nas terras outorgadas a particulares, se reservava o direito dos índios, primários e naturais senhores delas, instituto cuja origem a doutrina relaciona com o Alvará Régio de 1º de abril de 1680,

confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755.¹³⁸⁷ É o indigenato, por conseguinte, um instituto legítimo em si mesmo, que prescinde de legitimação, diferentemente da ocupação, que é título adquirido. Não se trata de uma simples ocupação individualística de terra com a finalidade de exploração, senão da base do *habitat* indígena, “no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado na vida humana”.¹³⁸⁸

Nos expressos dizeres do art. 231 da Constituição, vistos atrás, a proteção da terra indígena — i.é., dos direitos originários sobre as terras que os índios tradicionalmente ocupam — está na dependência dos seguintes elementos: a) acharem-se eles tradicionalmente na posse efetiva, entendido o “tradicionalmente” em sentido antropológico, forma típica de possuir da comunidade indígena, e não como posse imemorial, entendida como aquela que se estende por gerações e cujo termo inicial, de épocas remotas, se perde na memória do grupo; b) utilização das terras nas suas atividades produtivas, o que constitui um elemento objetivo do significado da posse como tradicionalmente a exercem os índios; c) que as terras, no mesmo processo antropológico, sejam imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; e d) e que também sejam necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.¹³⁸⁹

Em julgamento de dezembro de 1998, discutindo se as terras indígenas situadas em antigos aldeamentos pertenciam (ou não) à União, para que se impusesse a sua presença na relação processual, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que “as regras definidoras do domínio dos incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal de 1988 não albergam terras que, em passado remoto, foram ocupadas pelos indígenas”. Ou seja, as “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” (art. 20, XI), para os fins de reconhecimento dos direitos originários, demarcação, proteção e respeito a todos os seus bens (art. 231), não são aquelas nas quais, em tempos idos — no descobrimento, quando o território nacional, por direito de conquista, passou ao patrimônio da Coroa Portuguesa,

¹³⁸⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 20ª Edição, Malheiros Editores, 2002, pp. 830-831.

¹³⁸⁸ *Idem*, pp. 831-832.

¹³⁸⁹ STF – Recurso Extraordinário n. 219.983 – 3/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, decidido pelo Plenário, *nemine discrepante*, em 9/12/1998. (Cf. DJ 19/9/1999.)

todo ele estava sob as posse indígena —, houve posse indígena, senão aquelas que exibem em estado atual a posse indígena, qualificada pelos quatro elementos acima referidos.¹³⁹⁰

Em face dessa premissa e à luz das discussões do precedente, restou assentado, outrossim, que resulta desautorizada a invocação da posse imemorial na tentativa de trazer de volta o indigenato e, com ele, a proteção de posses de tempos momoráveis; que a expressão “posse imemorial” não equivale a uma circunstância temporal, tendo sentido mais antropológico e menos jurídico; e que retrata não a posse civilística dos “brancos”, senão a forma tradicional como os índios se relacionam com a terra, ligada aos seus usos, costumes e tradições e necessariamente informada pelo requisito histórico e fático da atualidade.¹³⁹¹

É nesse contexto que deve ser interpretado o preceito do § 6º do art. 231, no sentido de que são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, ressalvadas as benfeitorias (*rectius* acessões) derivadas da ocupação de boa-fé.

O dispositivo atrela a nulidade dos atos negociais¹³⁹² ao fato de se tratar de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos moldes de uma ilicitude de objeto prevista constitucionalmente, mas, no rigor dos termos, a nulidade advém do fato de se tratar de atos negociais *a non domino*, em face de serem as terras da União, ainda que se reconheça aos índios, de priscas eras, na relação com suas terras, não apenas “um *ius possessionis*, mas também um *ius possidendi*, porque ela revela também o direito que têm seus titulares de possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata”.¹³⁹³

¹³⁹⁰ A Súmula 650 STF afirma: “Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição não alcançam as terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupados por indígenas em passado remoto.”

¹³⁹¹ Recurso Extraordinário n. 219.983 – 3/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/12/1998 (DJ 19/09/1999). (Confira-se o voto do Ministro Nelson Jobim, que ressaltou vários dos aspectos da questão indígena acima referidos.)

¹³⁹² Há muitas questões, via de regra de grande vulto econômico, na Justiça Federal, que discutem a alienação de terras devolutas pelos Estados, mais tarde objeto de ações anulatórias ao fundamento de que são parte integrante de reservas indígenas ou de aldeamentos imemoriais extintos. Há também e com muita frequência alienações feitas pelas próprias lideranças indígenas, sobretudo em áreas de potencial madeireiro ou de mineração.

¹³⁹³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 20ª Edição, Malheiros Editores, 2002, p. 832.

A posse permanente dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam não configura uma exteriorização titularizada da propriedade, que por preceito constitucional pertence à União, nua-proprietária. Porém, tendo eles o usufruto exclusivo e permanente das suas riquezas, essa efetividade econômica, reflexo dos direitos originários sobre as terras que ocupam, consubstancia uma manifestação, mesmo defectiva, do direito a propriedade.

Situação similar (*exceptis encipiendis*) se dá com o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos, isto é, dos grupos étnico-raciais que, por critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, têm presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida. A franquia constitucional incide sobre as terras utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

Firmada a hipótese, em processo administrativo, os quilombolas têm o direito ao reconhecimento da propriedade definitiva das terras que estejam ocupando, o que se dá com a outorga de título coletivo (comum, em verdade, pois o universo de usuários limita-se aos remanescentes quilombolas) e pró-indiviso em nome das comunidades, com cláusulas de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.¹³⁹⁴

¹³⁹⁴ Assim dispõem a Constituição Federal, no art. 68 do ADCT, e o Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação e titulação de tais terras (arts. 2º e 17).

CONCLUSÕES¹³⁹⁵

Sumário: 4.1 Introito à Propriedade 4.1.1 Apontamentos Introdutórios – A Dialética da Propriedade 4.1.2 Modelos Proprietários – Propriedade Coletiva. Propriedade Familiar. Propriedade Individual 4.1.3 A Propriedade no Ideário do Direito Natural e do Jusracionalismo. O Ambiente das Codificações 4.1.4 A Propriedade como Instância de Poder – Poder Social. Poder Simbólico 4.2 A Propriedade Fundiária – Tópicos Pertinentes no Sistema Jurídico Pré-1988 4.2.1 Traços Históricos Relevantes 4.2.2 O Segmento das Ordenações Reinóis 4.2.3 O Segmento das Sesmarias 4.2.4 A Lei de Terras 4.2.5 A Primeira Codificação Civil (1916) e o Paradigma Patrimonialista da Relação Proprietária 4.2.6 A Ideologia Individualista – A Propriedade como Projeção da Personalidade 4.2.7 A Propriedade na Tradição Liberal – Direito Fundamental de Defesa 4.2.8 A Constituição de 1934 e o Estado Social 4.3 A Propriedade Fundiária – Perfil Contemporâneo – Sistema Jurídico Pós-1988 4.3.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Constituição de 1988 4.3.2 Direito Civil-Constitucional. Constitucionalização do Direito Civil 4.3.3 Função Social da Propriedade 4.4 A Ideologia da Segunda Codificação Civil (2002). A inversão do Paradigma Patrimonialista 4.5 A Constituição e os Direitos Econômico-Sociais – A Propriedade como Direito de Prestação Positiva 4.6 A Titularidade de um Aporte Vital de Bens e sua Sustentabilidade Jurídico-Constitucional 4.7 Manifestações do Direito à Propriedade 4.7.1 A Desapropriação por Interesse Social 4.7.2 O Desapossamento Social 4.7.3 As Diferentes Modalidades de Usucapião 4.7.4 O Princípio Constitucional do Direito à Moradia 4.7.5 Os Direitos Originários da Tradicional Ocupação das Terras Indígenas. As Comunidades Quilombolas.

¹³⁹⁵ Como a ideia que gerencia as conclusões — epílogo ou desfecho da tese — é a de fidelidade absoluta aos textos da tese, elas são postas como um resumo, às vezes apertado, das principais ideias dos tópicos de cada capítulo do sumário, em forma sequencial, utilizando-se, sempre que necessário (e possível) para a busca de uma síntese, da mesma estrutura redacional do texto da tese. Não há a preocupação, no fecho da tese, de inovação (por inovação) redacional.

4.1 Introito à Propriedade

4.1.1 Apontamentos Introdutórios – A Dialética da Propriedade

1. A disciplina das relações do homem num mundo onde as reservas de bens são limitadas constitui necessariamente, e ao mesmo tempo, a regulação das formas de acesso e de partilha das coisas, da qual não fogem as sociedades, que têm de lidar com a questão e enfrentar o crucial problema de estabelecer, entre as muitas reivindicações competitivas dos seus membros, em face dos recursos disponíveis, quais pretensões devem ser satisfeitas, em que medida e condições, em que momento e por quem. Toda sociedade registra um sistema de normas que regem o acesso aos bens materiais e o seu controle e, por consequência, um sistema de propriedade, seja qual for o regime político ou econômico. É universal a ideia de propriedade.

2. Carregada geneticamente de tensões e paixões, a propriedade está submetida a uma recorrente dialética moral, filosófica, política, social, jurídica e econômica, que oscila entre os extremos — intercalados por miríades de posições intermediárias e conciliatórias — da sua negação, como fator de corrupção moral e de injustiça social, fonte de todos os males e causa principal do mal na Terra; e da sua consagração incondicional, como um bem positivo, um fator de liberdade humana, uma instituição essencial à realização do ser humano e ao desenvolvimento econômico.

3. Na caminhada ético-existencial da propriedade, avultam, pelo prestígio histórico, filosófico e cultural, as percepções platônica e aristotélica. A primeira, utópica, tributária da noção de cidade-Estado povoada de cidadãos da mesma origem, da mesma religião e da mesma cultura, condiciona a paz e a felicidade entre os homens à supressão, exceto quanto aos objetos de uso pessoal, das noções de “meu” e “teu”; a segunda, realista, tem a propriedade como uma instituição indestrutível e essencialmente uma força positiva, uma instituição da família, porém regida pela parcimônia na busca dos bens, numa antecipação da mensagem messiânica e, em mutação semântica, do ideal moderno de solidariedade entre os homens, na ideia de que, sem o mínimo necessário à existência, não é possível sequer viver e, menos ainda, viver bem.

4. As diferenças de concepção entre os dois filósofos atenienses marcaram o curso do pensamento ocidental nos dois milênios seguintes, ao longo dos quais os teóricos políticos e os filósofos tomam posição entre um idealismo ético platônico, que destaca os potenciais benefícios decorrentes da extinção da propriedade privada; e o realismo utilitário, de extração aristotélica, que aceita a propriedade privada, devidamente regulamentada, como uma titularidade patrimonial indispensável à vida.

5. A essa visão de mundo agregou-se, no século IV a.C., um elemento ideológico novo, que conduziu a discussão sobre a propriedade a um nível mais elevado de abstração: o princípio estoico da lei natural, da ordem mundial racional, segundo o qual o universo é racional e pode ser apreendido pela inteligência humana, perspectiva que, mesmo inovadora, não é de todo nova no pensamento filosófico, tendo em vista que já existia de forma incipiente na ciência grega antiga, que distinguia, em um plano, a unidade subjacente das leis que governam a natureza e, em outro, a infinita variedade dos fenômenos naturais. A concepção aristotélica já aludira à justiça convencional, expressa na lei positiva, contingente às necessidades particulares da sociedade, e à justiça natural, a mesma para todos os homens.

6. Nas sociedades homogêneas do ambiente grego, todavia, não se fez instante a necessidade de desenvolvimento do embrião aristotélico da ideia de lei natural, que somente veio a ocorrer, em outro contexto sociopolítico, pela escola estoica. O pensamento político grego, concebido num mundo restrito à cidade-Estado, com padrões definidos de certo e errado, entrou em crise evolutiva quando o império macedônico pôs fim à *polis* em favor do Estado nacional e, depois, do império multinacional. Não havia um padrão universal de certo e errado, cenário no qual o pensamento estoico surge como resposta a esse impasse, diante do seu conceito central de ordem mundial racional.

7. Dá-se o giro de um paradigma de justiça focado no âmbito de uma nação para um padrão universal, tributário do princípio estoico da lei natural universal. A concepção, literalmente revolucionária, de que os princípios fundamentais da ordem social, porque regidos pela ordem natural, não estão submetidos a mudanças, em cujas entranhas está a ideia de igualdade dos homens, é apontada como o embrião da história primitiva dos modernos direitos fundamentais, dado que no pensamento estoico manifestam-se as ideias de dignidade e de igualdade, referidas a todos os homens.

8. O princípio de justiça deixou de ser um conceito arbitrário de certo e errado e assumiu o *status* de norma fundamental da natureza, incidente sobre toda a humanidade, da qual constituíam elementos essenciais a igualdade dos homens, notadamente em face da lei, e os seus direitos inatos, entre eles o direito de propriedade privada, como titularidades antecedentes ao Estado e, portanto, dele independentes. Floresceu a defesa teórica da propriedade privada como característica da lei natural, não devendo o Estado nela interferir, tendo em vista que instituído com a finalidade de protegê-la.

9. Pela ênfase que os evangelhos conferem às virtudes da pobreza, da caridade e da partilha comunitária, o discurso católico sobre a propriedade teve grande influência social e política. Após as longas disputas entre o poder temporal e o papado — as discussões acerca da propriedade levavam sempre a questionamentos da autoridade real ou papal —, o pensamento cristão terminou por situar-se num segmento conciliatório sobre a propriedade privada, que deixou de ser uma realidade lamentável, porém inevitável, para ser em princípio admitida.

10. O início da idade moderna, com a expansão do comércio e as descobertas do novo mundo, presenciou uma fratura no desenho conceitual da propriedade, até então atrelado essencialmente à titularidade de terras, a propriedade fundiária, ligada aos poderes soberanos. Na ruptura conceitual, a propriedade passa a ser mais ligada ao capital, ao capitalismo financeiro, como um bem pessoal, sem associação direta necessária com os poderes soberanos. O capital estava tomando o lugar dos bens imóveis como a fonte por excelência de riqueza e de poder político.

11. Dois fatores são decisivos na consideração da propriedade como um bem positivo: o crescimento do individualismo, em virtude do que a comunidade passa a ser vista como uma abstração formada de indivíduos, sendo o bem-estar uma resultante da riqueza da propriedade individual, como um prêmio por uma vida sensata; e o ressurgimento do princípio estoico de lei da natureza. Os teóricos do renascimento, na busca de uma justificativa mais racional para a autoridade fora das Escrituras, fizeram reviver a ideia, amortecida durante os tempos medievais, de que a lei da natureza antecipava as leis positivas e de que todos os seres humanos eram detentores de direitos inatos invioláveis pelo Estado.

12. O objeto da propriedade, num inédito salto evolutivo, passa a abranger não somente os bens materiais, as posses físicas tituladas pelas pessoas, senão também tudo o que por direito natural o indivíduo pudesse reivindicar como seu; tudo aquilo que fosse imanente ao homem como tal, envolvendo também o direito à vida e à liberdade, esta entendida como uma “propriedade” inalienável, tornando-se familiar a concepção do patrimônio como um direito inato, a salvo de tributação sem representação, que poderia ser reivindicado pelo homem, dada a circunstância de ter nascido numa família (direito de herança) e, por extensão, pelo fato de ser humano, ideia que é combatida pelos teóricos do contrato social, para os quais a propriedade não derivava da natureza, senão do Estado, que protege os proprietários das usurpações dos seus semelhantes.

13. A propriedade privada, apanágio da liberdade, segundo a teoria da lei natural, experimenta um segmento involutivo de feição conservadora, especialmente na Inglaterra, passando-se a acreditar amplamente que a política era uma função da propriedade, e que apenas os donos de propriedades tinham o direito legítimo que os credenciava a participar da política. A autoridade política passou a ficar submissa aos donos de terras, restando excluídas da participação política as pessoas que não possuísem terras.

14. Tornara-se hegemônica na Europa ocidental, ao longo do século XVII, a ideia de uma lei da natureza transcendente às leis positivas, da qual um dos aspectos residia na inviolabilidade da propriedade privada, cujo dever de respeitar incumbia aos soberanos, panorama que passou a sofrer ataques na França do *ancien régime*, no século XVIII, onde se concentravam os sentimentos e as doutrinas igualitárias. Intelectuais franceses, inspirados pelos mitos das utopias do homem da natureza, cuja vida era informada pela ausência do “meu” e do “teu”, difundiam a ideia de que a humanidade, corrompida pela instituição da propriedade, poderia alcançar a felicidade assim que se livrasse da sua influência daninha.

15. No sentido inverso às doutrinas igualitárias e na constante dialética social da propriedade, a Escola dos Fisiocratas, de matriz iluminista, cuja doutrina deitou decisiva influência nos revolucionários de 1789, apropriando-se do princípio estoico da lei natural, celebrava os benefícios da instituição da propriedade e a via como integrante da lei natural, atribuindo à natureza o fato de ter o homem a propriedade exclusiva da sua pessoa e dos bens adquiridos com o seu esforço e o seu trabalho.

16. No apogeu do seu prestígio (século XVIII), como instituição social elevada a um patamar de inviolabilidade, protegida dos abusos do Estado por preceitos constitucionais e das investidas usurpatórias pelas leis civis, a propriedade volta a ser alvo de sentimentos de hostilidade que pugnam pela intervenção do Estado no seu regime, ou mesmo pela sua abolição, pura e simples. Não se questionam apenas os excessos na sua utilização, ou as desigualdades na sua distribuição, senão também e principalmente as suas bases teóricas de sustentação, como instituição essencialmente imoral. Entra em crise a justificativa da lei natural: se a propriedade é essencial, tal como um corpo para o desenvolvimento da liberdade natural do homem, segue-se que não deve ser usufruída por poucos, como um privilégio odioso, senão por todos.

17. A expansão das fortunas capitalistas, na primeira metade do século XIX, veio envolta num pesado clima de hostilidades, dada a convicção, capitaneada pelos teóricos do socialismo, de que o capitalismo e o industrialismo estavam levando a humanidade a impasses cada vez maiores na distribuição da riqueza, destruindo o que existia de igualdade e de segurança social. Havia a convicção de que o empobrecimento inexorável e sem remorso da classe trabalhadora levá-la-ia, sem alternativa, à revolução, com a extinção da propriedade. As vésperas do século XX, até mesmo os liberais passaram a aceitar restrições à propriedade privada, na perspectiva de submetê-la aos testes (ditames) da justiça social e para dar ao Estado a prerrogativa moral de intervir no seu regime em favor do bem comum.

18. Esses avanços e recuos no prestígio da instituição da propriedade, sob as mais diversas perspectivas, influenciados e mesmo moldados pelos acontecimentos de cada época do pensamento social e político, se por um lado podem levar a um certo ceticismo em relação à instituição, cujo conceito de certa maneira não cobre todas as normas que regem o uso dos recursos materiais, por outro sugerem que o conceito de propriedade, em qualquer momento do passado e do presente, tem formação e evolução históricas.

19. As mudanças mais influentes na teoria da propriedade privada, nas últimas décadas do século XX, tiveram mais a ver com a economia do que com a ética, com a lei natural ou com especulações sobre a origem do Estado. As especulações sobre a propriedade privada, tradicionalmente restritas às mentes dos filósofos e dos teóricos políticos, passaram à preocupação dos economistas, que viram na instituição um fator decisivo no crescimento

econômico. A economia, assim, elege como critério de justificação da propriedade privada a sua contribuição à prosperidade e ao progresso.

20. Cuida-se de um novo modo de ser das relações entre o econômico e o jurídico, dentro da estrutura do Estado moderno, o Estado econômico, um modo de ser que expressa uma nova configuração da economia, da sociedade e do Estado, na sociedade capitalista contemporânea, tendência — justificação da propriedade privada pela sua contribuição à prosperidade e ao progresso — que ganha espaço e força institucional no segundo pós-guerra, quando prevaleceu o regime da propriedade privada e da livre iniciativa sob as limitações do interesse social, o que daria por finda a disputa oriunda da antiguidade clássica, com o triunfo da visão aristotélica sobre a platônica.

4.1.2 Modelos Proprietários – Propriedade Coletiva. Propriedade Familiar. Propriedade Individual

1. A ordem fática antecipa a ordem política e às vezes dela prescinde. A propriedade, antes do estágio evolutivo de entidade jurídica, é essencialmente um fenômeno histórico, da alçada da sociologia, que surge diante do legislador como um fato social, em todos os tempos. Coletiva, familiar ou individual, o direito a surpreende em flagrante, no momento atual de sua evolução orgânica e lhe regula o exercício.

2. A análise dos modelos proprietários históricos pauta-se sobretudo no significado do fato social do pertencimento, efetivo e eficaz — poder direto, imediato e efetivo, sobre a coisa —, como fenômeno empírico, relação fática de usufruto com a coisa, e menos na propriedade como entidade jurídica, em sentido moderno, informada pelos cânones fundiários, a supor um direito moldado e reconhecido por um poder político. Leva em conta o seu conteúdo, expresso em situações de efetividade econômica sobre os bens, ainda que destituídas do sinete oficial.

3. A despeito da crença histórica na propriedade coletiva em relação às instituições gentílicas dos diversos povos selvagens, nas quais a terra pertence em comum à tribo e as habitações a seus ocupantes, o fato é que a propriedade revela-se uma instituição dos antigos em relação à qual não se deve formar uma ideia a partir do que se constata à volta,

tendo-se em conta que os antigos baseavam o direito de propriedade em princípios que não mais existem nas gerações atuais. Já a ideia de propriedade comum, não provindo embora do conhecimento de nenhuma sociedade na qual haja sido dominante, apresenta-se fundada na conjectura sociológica da propriedade comum familiar da antiguidade clássica, consequência dos cultos religiosos politeístas centrados na família e no lar.

4. A propriedade privada da terra é dada como desconhecida até o último período da antiguidade, situação que somente se diferenciava nos romanos e gregos. Roma é o primeiro Estado na história a desenvolver normas e procedimentos legais completos, praticados por juristas profissionais, onde as leis que tratavam da propriedade alcançaram o mais completo desenvolvimento. A propriedade quirítária em muito correspondia à propriedade na acepção moderna da palavra, pertencendo ao chefe de família, que podia legá-la ou transmiti-la por herança, ou mesmo vendê-la.

5. Na Grécia, a primeira democracia do mundo, berço da noção de cidadania, vinculada à *polis*, estando a posse da terra e a cidadania ligadas de forma indissociável, apenas os cidadãos podiam possuir terras e somente os donos de terra podiam ser cidadãos, ali se admitindo a primeira evidência da atividade agrícola praticada por donos de terra independentes. Mas a terra não era ainda tratada como mercadoria, podendo ser transmitida, mas não negociada, sendo a sua posse vinculada à liberdade pessoal e aos direitos de cidadania. É sintomática desse prestígio é a atenção que Platão e Aristóteles devotaram à propriedade

6. A partir dos descobrimentos, a produção capitalista passa a conquistar o mundo, transformando todas as coisas em mercadorias e destruindo as antigas relações tradicionais, com a substituição dos costumes herdados e dos direitos históricos pela compra e venda, passando a evolução da propriedade e dos seus modelos sociais da ordem das coisas herdadas para uma ordem consensual.

7. O processo de desenvolvimento da organização social das sociedades humanas pode ser descrito como uma transição do *status*, a posição ocupada pela pessoa no seio da comunidade das sociedades antigas, ao contrato: o mecanismo da posição social da pessoa no seu respectivo grupo, especialmente a família, que lhe proporciona poder e independência, passa a ser diverso nas sociedades modernas, nas quais a conduta dos homens tende a ser cada vez mais fruto de escolhas pessoais livres, ditadas pela sua

iniciativa e vontade autônomas, que se expressam no contrato, símbolo e instrumento por excelência de atuação.

8. Nessa primeira percepção do estudo político, a propriedade aparece como um fenômeno moral e político, pré-requisito para a condução a uma vida cívica plena e virtuosa, pelo qual o cidadão, imerso na unidade produtiva da família, tem na propriedade uma extensão e pré-requisito de personalidade, que lhe confere a autonomia necessária para levar uma vida de repleta de virtude cívica. O cidadão não possuía propriedade para se engajar em comércio, disposição ou lucro, senão para ser autônomo.

9. Na superação da propriedade como item no plano de relações essencialmente políticas, determinadas pelo *status*, as relações e os processos cada vez mais complexos e dinâmicos da economia ultrapassam em importância as relações políticas entre as pessoas. Triunfa o paradigma da possibilidade de aquisição irrestrita, sem amarras legais, pelo qual a propriedade se insere num sistema de relações juridicamente dinâmicas entre pessoas e coisas ou, mais precisamente, entre pessoas por meio das coisas. A propriedade passa a ser também aquilo a que a pessoa tem direito.

10. A genuína propriedade privada, livre dos controles sociais, nasce com o capitalismo, nos primórdios da era moderna, como consequência da expansão do comércio e das descobertas do novo mundo. Com o desenvolvimento do comércio e da indústria, a partir do século XVIII, ambas as atividades assumindo a dianteira econômica em relação à agricultura, supera-se a noção de riqueza pautada na propriedade fundiária. A propriedade passa a ter por objeto também e sobretudo o capital, bem pessoal de livre aquisição e disposição.

11. A causa objetiva desse salto evolutivo, quando a terra passa a ser tratada como mercadoria, possibilitando a propriedade comprada, é basicamente de natureza econômica, chegando o homem à moderna propriedade privada individual da terra, de livre aquisição e disposição, *inter vivos*, e transmissível por herança.

12. Mas, sopesadas as divergências doutrinárias e as dificuldades oriundas da falta de registros históricos seguros, não é desarrazoado afirmar que, nos primórdios da instituição da propriedade, como pertencimento fático, conviveu o homem, em diferentes formas — em escala simultânea, marginal ou predominante — e épocas, com os modelos coletivo e familiar.

13. Em outro ângulo, o mais provável é que tipos históricos de propriedade convivam simultaneamente, ou que exista um tipo que predomine — v.g., a propriedade individual nos tempos modernos —, mas sem exclusão dos demais, ainda que de forma residual. Sem exemplos da existência histórica de sistema puro em nenhum dos tipos considerados, a evidência é que todos os sistemas combinam, até certo ponto, as características da propriedade comum, da propriedade coletiva e da propriedade privada.

4.1.3 A Propriedade no Ideário do Direito Natural e do Jusracionalismo. O Ambiente das Codificações

1. Depois do *corpus juris civilis*, o jusracionalismo afigura-se como a força mais poderosa no desenvolvimento do direito moderno. O direito natural é uma questão permanente do homem teórico acerca do seu papel na sociedade, sendo, como tal, uma filosofia social. Sua tradição é sempre invocada quando uma ordem jurídica histórico-concreta perde a sua persuasão, no plano do saber jurídico difuso da sociedade, e a sua plausibilidade espiritual em relação às elites do seu tempo.

2. Um dos eixos centrais do direito natural, o de que homens, como tais, são titulares de direitos inatos, naturais, independentes da sociedade política e do Estado, entre eles a propriedade, constitui paradigma do pensamento social e político ocidental. A propriedade, na perspectiva jusnaturalista, figura como um direito natural, que tem validade em si mesma, preexistente a qualquer constituição civil, cabendo ao indivíduo independentemente do Estado. A constituição do Estado não tem por finalidade apenas conservar a vida, senão, também, a propriedade, como direito natural.

3. O jusnaturalismo católico, que se fundamenta não mais naquilo que a natureza ensinou a todos os seres animados, mas na lei revelada — a fração da ordem imposta pela mente de Deus, que se acha presente na razão do homem —, constitui o esteio da doutrina jurídico-política da Igreja Católica ao longo da história, constituindo uma das suas manifestações históricas de maior ressonância, como justificação da propriedade privada pela força do trabalho.

4. São decisivas, no quadro cultural do jusracionalismo, as ideias do iluminismo, buscando libertar o conhecimento humano de tudo aquilo que não esteja nos ditames da

razão, a suprema diretriz do progresso na vida. Os dois movimentos, conquanto diferentes, relacionam-se intimamente, levando-se em conta que o jusracionalismo tornou-se possível, sobretudo, com os pensadores do iluminismo, e que o iluminismo justificou jusracionalisticamente as suas exigências humanitárias, como a abolição da tortura e das sanções penais corporais.

5. Com o jusracionalismo, a jurisprudência europeia abandona o perfil de uma ciência da exegese de textos isolados, notadamente os do *corpus juris civilis*, que expressavam a vontade universal do imperador. Modernizando o método jurídico e libertando a jurisprudência imposta pela autoridade antiga, sem, contudo, rejeitar a substância dos princípios do direito romano, os jusracionalistas encaram o *corpus juris* como uma realização humana, como um fenômeno histórico ligado a seu tempo e seu lugar, e não como uma mensagem caída do céu.

6. O jusracionalismo tem base numa nova antropologia, em face da qual o homem deixa de ser visto como uma criatura criada à imagem e semelhança de Deus, uma obra divina, inserida num projeto de salvação, para ser visto como um ser natural, porém sem perder a condição de elemento de um mundo apreensível pelas leis naturais. Ser natural, o homem tem, contudo, nessa visão antropológica, uma inclinação consciente para a vida em sociedade, ordenada pelas leis da razão, na qual impescinde do auxílio dos seus semelhantes.

7. Se o jusracionalismo propicia como que uma nidação para a ideia de propriedade privada como direito natural, o ambiente da codificação, tal qual um espaço endométrico vivificador, exprime quiçá o paroxismo da sua maioria legal e ideológica, tudo informado pela concepção do Estado nacional moderno, que surge da dissolução da pluralista sociedade medieval, dotada de agrupamentos sociais que dispunham de ordenamentos jurídicos próprios, nos quais o direito se apresentava como um fenômeno social, produto da sociedade civil, e não do Estado.

8. A fé na tradição é substituída pela fé no progresso. O velho mundo passa por uma renovação radical guiada pelos princípios da razão humana e pelo objetivo de alcançar a felicidade do homem, objetivo que, no campo do direito, seria alcançado com a redução das fontes jurídicas formais, imprimindo-se ao direito uma abordagem sistemática pela qual não se deveria reconhecer autoridade suprema quer aos valores tradicionais (como o direito

romano), quer aos juristas e juízes eruditos, que se consideravam oráculos do direito. Os vetustos costumes e os livros autorizados passam a ser substituídos por um novo direito livremente concebido pelo homem moderno, cujo único princípio inspirador e gerenciador é a razão.

9. Constitui condição material, para tanto, a criação de um sistema jurídico baseado em num novo corpo de fontes, que foi preenchido pelo direito natural, e, condição formal, uma nova técnica de aplicação do direito novo, que foi implementada pela legislação, expressa nos códigos nacionais, vistos como um halo de uma imagem redentora, jurídica e politicamente, meios de pôr em prática as concepções do direito natural, contando os reformadores modernos com a legislação para alcançar os seus objetivos políticos.

10. O direito natural, porque fornecia projetos gerais para uma sociedade pautada por preceitos ético-naturais, apontava um caminho mais justo e seguro, em face do qual a confiança moral na razão gerou o interesse na opinião pública pela busca de um direito justo, fazendo o legislador acreditar que seria possível regular por categorias gerais, e com completude, todas as situações da vida social.

11. Marcada pelo seu caráter criador e vocacionada à unificação no seu bojo de toda uma disciplina relativa a determinada matéria, como um corpo legislativo acessível e coerente, a codificação traz em si mesma, ao lado da aspiração de permanência, a coerência lógica que tende a resistir à mudança e à perda do seu significado jurídico, ostentando, como consequência, e como nenhuma outra fonte, a aptidão para assegurar a certeza jurídica.

12. No longo itinerário histórico do direito, ele é frequentemente imobilizado em um texto, no objetivo de poder ser conhecido por todos para ser observado numa sociedade complexa, devendo gozar daquele fator de certeza que um texto escrito possui. Tendo o poder político se apoderado do direito, transformou-o em comando, numa série de imperativos, que serão tanto mais diligentemente obedecidos quanto mais sejam conhecidos.

13. As codificações jusracionalistas, que têm em suas fundações essencialmente a propriedade privada e o contrato, sob a auréola da filosofia iluminista, refratária aos antigos dogmas, sobretudo religiosos, e que alçara o homem e a sua felicidade ao centro de suas preocupações, consagrando as forças-motrizes da estabilidade e previsibilidade do direito,

vieram ao encontro das aspirações de uma classe média confiante e empreendedora, que perseguia a supressão das discriminações feudais, a liberdade de iniciativa e a responsabilidade individual.

14. É com a codificação napoleônica que a propriedade privada experimenta o paroxismo do seu prestígio sociopolítico, envolta, de um lado, na atmosfera da igualdade jurídica dos cidadãos, particularmente no direito fundiário e sucessório, e, de outro, na liberdade dos particulares, designadamente nos espaços contratual e econômico, axiomas vivos de uma nova imagem de sociedade. A abolição dos numerosos ônus fiscais, feudais ou comunitários que incidiam sobre a terra tornou o exercício da propriedade absoluto e livre de condicionamentos externos.

4.1.4 A Propriedade como Instância de Poder – Poder Social. Poder Simbólico

1. São sempre efetivas, conquanto nem sempre perceptíveis, as conexões entre a propriedade e o poder, especialmente na acepção de poder social, tendo em vista a relação do poder com a vida do homem em sociedade, conexões que mostram parte da sua fisionomia quando grandes diferenças no acesso à propriedade, sem uma aceitável justificação moral e política, abalam as fundações do equilíbrio do poder, acarretando grandes dificuldades para os que têm menos.

2. As relações entre propriedade e o poder devem ser vistas sobretudo no aspecto relacional do poder social — uma relação entre pessoas, do homem sobre o homem —, não se limitando à visão de poder circunscrita à posse dos meios imprescindíveis à obtenção dos fins pretendidos, embora esses instrumentos sejam eficazes na conquista e no exercício do poder social. Sendo a atribuição dos recursos um dos aspectos importantes da função da propriedade, ela se transforma automaticamente em estrutura que controla a distribuição do poder.

3. Tendo o poder social a concentrar-se nas mãos de quem molda e controla a organização da sociedade e de quem dispõe das fontes de informação, o ponto de cruzamento desses dois vetores — organização e informação — pode ser definido como o lugar do poder social, no qual se situa o poder do Estado, pela sua estrutura orgânica, de impor coercitivamente aos indivíduos determinados comportamentos (poder político) e o

poder decisório a respeito da distribuição dos recursos econômicos necessários à sociedade (poder econômico), pelas suas organizações produtivas.

4. O discurso “suave” de poder contido na propriedade é evidenciado, em outra perspectiva, na explicação sociológica da dominação social pelo poder simbólico, que está em toda parte, de forma difusa, sendo necessário descobri-lo onde se deixa ver menos, onde ele é mais completamente ignorado e, portanto, reconhecido. Os sistemas simbólicos — arte, religião, língua, ciência —, enquanto instrumentos de conhecimento e de comunicação e de construção do mundo dos objetos, exercem um poder estruturante imperceptível, cumprindo uma função política de instrumentos de imposição e de legitimação da dominação.

5. Nessa leitura das relações sociais, onde se insere o direito de propriedade, a eficácia simbólica do direito é pautada pelo efeito próprio da formalização, pela força da forma (*vis formae*), que se expressa mui claramente na codificação, a qual, ao introduzir certeza e racionalidade nas relações sociais, institui na objetividade de uma regra ou de um regulamento escrito os esquemas que governam as condutas, tornando possível uma forma de racionalização expressa em previsibilidade e calculabilidade.

6. São expressivas, na interação entre propriedade e poder, a força e as potencialidades da moderna economia capitalista concorrencial do mundo globalizado, na qual a propriedade mobiliária financeira, apoiada num complexo aparato de instituições — v.g., grandes empresas, grandes bancos, bolsas de valores —, assume envergadura mundial e deixa impressa, em cada pegada da sua trajetória, a marca de estrutura e instrumento de poder econômico e político, até mesmo como um desafio para os conceitos tradicionais de Estado soberano, em face do deslocamento real do poder e da autonomia dos Estados para os mercados, em um mundo de fato sem fronteiras.

4.2 A Propriedade Fundiária – Tópicos Pertinentes no Sistema Jurídico Pré-1988

4.2.1 Traços Históricos Relevantes

1. A compreensão da experiência jurídica fundiária brasileira pré-1988 reclama alguma incursão jurídico-histórica nos períodos da Colônia e do Império, e mesmo da primeira República, considerando-se que nesses três períodos esteve o País total ou parcialmente, e por largos anos, sob as malhas do tecido jurídico luso. Em razão do expansionismo marítimo e de comércio europeu dos fins dos tempos medievais, as terras brasileiras, sobretudo as do litoral, antes mesmo do descobrimento, em 1500, já pertenciam a Portugal em virtude do Tratado de Tordesilhas — *Capitulación de la Repartición del Mar Oceano* —, celebrado em 07/6/1494.

2. O direito brasileiro e o direito português são parentes próximos, contendo a história do direito português a árvore genealógica de grande parte dos institutos jurídicos praticados no Brasil. Ainda que tenham se diferenciado as condições sociais, e de forma profunda, entre as duas nações, ao longo de cinco séculos, a sociedade brasileira ainda é visivelmente tributária do legado genético das instituições jurídicas portuguesas, para aqui transplantadas de forma integral.

4.2.2 O Segmento das Ordenações Reinóis

1. Além de as terras do Brasil terem pertencido a Portugal antes mesmo do descobrimento, firmada a independência, em 1822, continuou o País a reger-se pela legislação portuguesa, expressa essencialmente nas Ordenações Filipinas, por longos anos, até que fosse editado o Código Civil de 1916. Em 20 de outubro de 1823, é editada lei determinando que vigorassem no Império do Brasil as Ordenações Filipinas, as Leis e Decretos de Portugal promulgadas até 25 de abril de 1821, até que se publicasse novo

código, tendo a Carta Política de 1824 estabelecido que se organizaria quanto antes um código civil, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade.

2. As Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603, estiveram em vigor por mais de trezentos anos, tendo vigência no Brasil até mesmo depois de revogadas em Portugal, resistindo à quebra dos laços políticos entre as duas nações. Proclamada a República, a Constituição de 1891 dispôs que continuavam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime, no que explícita ou implicitamente não fosse contrário ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados. Nem mesmo os ideais libertários e os brios da República, deixando para trás o descrédito das instituições imperiais, tiveram força política para fazer cessar a vigência do Código Filipino.

3. Conquanto longevas, as Ordenações Filipinas, cujo livro IV trata do direito privado, sobre ostentarem um perfil retrógrado, são pródigas em contradições, incongruências e falhas, agravadas pela excessiva remissão ao direito romano e ao direito canônico, quadro que já provinha das anteriores Ordenações. As decisões dos juízes, antes de se estruturarem em fundamentação racional e persuasiva, faziam-se acompanhar de um longo préstito de autores — juristas, moralistas e casuístas —, sem falar no vício de julgar o caso pela invocação de arestos, não raro impróprios para a hipótese em causa.

4. Numa tentativa de enfrentar tal quadro de insegurança, foi determinado, já a partir das Ordenações Manuelinas, que as leis imperiais (direito romano) somente deveriam ser guardadas pela boa razão em que fundadas e que as glosas de Acúrsio e as opiniões de Bártolo não deveriam ser aplicadas se dissentissem da opinião comum dos doutores. Não sendo especificado o que fosse efetivamente a boa razão, os jurisconsultos buscavam as decisões na razão e no espírito das leis, sem recorrer às glosas de Acúrsio e Bártolo e os juízes, por seu turno, nos casos difíceis e duvidosos, igualmente não mais consultavam a razão e a equidade, contentando-se em fundamentar as suas decisões nas citações dos doutores.

5. A praxe da citação mecânica de autores e de julgados — como se a quantidade valesse mais do que o poder de persuasão — começou a mudar cinquenta anos mais tarde, com a Lei de 18 de agosto de 1769, que passou à história como Lei da Boa Razão, editada sob o propósito expresso de pôr termo à confusão existente no seio da jurisprudência portuguesa e que impôs novos critérios de interpretação e de integração das lacunas, os

quais expressavam e faziam valer o ideário do jusnaturalismo racionalista e do uso moderno das pandectas, a face do iluminismo no mundo do direito, que expressava o estudo do direito romano à luz do jusracionalismo.

6. No texto das Ordenações, a boa razão, critério subsidiário supremo de integração de lacunas, que equivalia à justa razão ou à razão natural — isto é, ao direito romano presumido fundado na boa razão —, passa por um giro revolucionário, para significar a reta razão (*recta ratio*) dos jusnaturalistas, padrão maior da justiça e da felicidade dos povos, viragem evolutiva que expressa a inoculação do pensamento racionalista e iluminista da escola do direito natural nas vetustas estruturas do direito português.

7. Os novos critérios de interpretação e de integração das lacunas não surtiram a esperada eficácia, porque a lei não traçou com clareza o conceito de boa razão e porque a mentalidade dos tribunais portugueses e dos juristas, apegada ao método bartolista, revelou-se despreparada para a desafiante tarefa de adaptar à *recta ratio* o recurso ao direito romano como direito subsidiário. Era pesada a inexorável hipoteca cultural de quase seis séculos de domínio do direito romano e do direito canônico, fontes de direito subsidiário em Portugal, que somente veio a ser abalado com o advento do ideário iluminista e racionalista, na segunda metade do século XVIII.

8. Em face do tratamento lacunoso do direito privado no Código Filipino, a propriedade, quer como ideia ampla, de direitos patrimoniais, quer como direito real, não ali não recebeu nenhum tratamento sistemático, não tendo sequer um capítulo específico sobre direitos reais. Não obstante o comando constitucional para organizar-se quanto antes um código civil, o fato histórico é que se preferiu adotar, antes, um critério de aperfeiçoamento, passando, em primeiro, pelo levantamento e consolidação de toda a legislação civil existente e, depois, para a etapa de elaboração da codificação, à vista do que tivesse sido feito.

9. Enfrentando o imenso desafio, em face de elementos legislativos confusos e esparsos, produzidos para uma monarquia absoluta ao longo de mais de duzentos e cinquenta anos (1603-1857) e, portanto, em muito inconciliável com o sistema representativo, Teixeira de Freitas empreendeu a sua obra adotando como ponto central do sistema do direito civil a distinção entre os direitos reais e os direitos pessoais e como metodologia, num excesso de dogmatismo, a de examinar as leis em seus próprios textos,

sem influência de opiniões alheias, e de comparar as leis novas e as antigas, para medir-lhes o alcance e as consequências.

10. Aprovada pelo Imperador, em 24/12/1858, passou a Consolidação na prática a ser tida como texto legal, desempenhando o papel de verdadeiro código civil por mais de cinquenta anos (1858-917), em que pese não ter sido submetida ao Parlamento, o que pode ser explicado pela imensa autoridade do seu organizador e, sobretudo, pela facilidade propiciada aos magistrados e juristas, afinal dispensados de recorrer à profusa e confusa legislação esparsa.

11. Apesar da riqueza e da originalidade do seu pensamento, Teixeira de Freitas era um jurista de formação conservadora, conhecedor da doutrina e da legislação estrangeiras, porém refratário aos exageros dos quais eram pródigos os civilistas portugueses do século XIX, assaz afeiçoados às tendências estrangeiras em rota de colisão com a tradição do vetusto direito português, os quais, adeptos dos princípios jusracionalistas das codificações modernas, pretendiam introduzi-los no direito português pela via de interpretação e do preenchimento de lacunas.

12. No que se relaciona com a propriedade, no entanto, o tratamento técnico que lhe confere a Consolidação das Leis Civis traduz um enorme salto evolutivo em relação ao Código Filipino. Seu segundo livro da parte especial, inovando, cuida dos direitos reais, com destaque para a o domínio, ainda que sem defini-lo, à moda de muitas legislações, porém declarando as suas livres faculdades de usar, dispor e reivindicar as coisas. Cuida o livro dos direitos reais, também, da herança, na percepção de que é ela uma continuidade do domínio — os direitos reais do morto —, uma propriedade em complexo ideal, contendo direitos reais e direitos pessoais.

13. Mas o maior destaque, na Consolidação, há de ser conferido à concepção de propriedade, surpreendente num espírito de formação conservadora, de filiação romano-canônica, concepção que já se punha na visão moderna da instituição, como uma soma de titularidades patrimoniais, tangíveis ou intangíveis. A propriedade é trabalhada como uma ideia ampla, integrada pelo conjunto dos bens exteriores, corpóreos e incorpóreos, redutíveis ao denominador comum moeda.

4.2.3 O Segmento das Sesmarias

1. País de pequena e pobre população, porém um dos líderes europeus em expansionismo, Portugal passou por ingente desafio em face dos descobrimentos, tendo à frente a necessidade de povoar e repovoar largos tratos de território, em virtude do que, entre as opções de política administrativa para colonizar as novas terras descobertas, fez uso da fórmula das capitâneas hereditárias, experiência já testada com êxito nas ilhas atlânticas, que haviam sido concedidas a nobres, com o encargo de povoá-las a suas expensas, recebendo, em contrapartida, a delegação de poderes senhoriais — administrativos e jurisdicionais — sobre os respectivos territórios.

2. Esses problemas da política monárquica portuguesa se inserem, em realidade, num quadro maior de desafios econômico-administrativos, tendo-se em conta que os europeus, que no final do século XV administravam uma área territorial equivalente a 3,5 milhões de km², tiveram de que administrar, com o descobrimento da América, uma área de 35 milhões de km², impacto que, especialmente nos países líderes em expansionismo e colonização — Portugal e Espanha —, trouxe-lhes grandes desafios de conquista, posse e administração, para consolidar as descobertas e, sobretudo, traduzi-las em expansão político-militar e em ganhos econômicos, desafios que não povoavam a mente desses povos europeus naquele século.

3. O efêmero regime das capitâneas, que não implicava a transferência do domínio do solo, senão a outorga dos poderes de administração e de jurisdição, sendo a legítima propriedade da terra atributo do Estado, não teve o esperado sucesso, o que se explica, entre outras razões, pela enorme distância que separava o Brasil da metrópole, e notadamente pelos pesados investimentos em recursos materiais e humanos em proporções insuportáveis pela Coroa.

4. Adveio, então, das franjas do sistema de capitâneas, o desdobramento das sesmarias, outro modelo de instrumento jurídico de colonização, visto que os primeiros capitães donatários estavam investidos do poder de dar e repartir terras da capitania “de sesmarias”, que consistiam na atribuição de bens incultos, por nunca terem sido cultivados ou por seu

aproveitamento haver sido abandonado, a determinada pessoa, com o encargo de aproveitá-los dentro do prazo fixado em lei ou na carta de adjudicação.

5. A experiência das sesmarias, importada de Portugal como fórmula jurídico-política de povoamento do território e, mais tarde, de incremento à agricultura, já tivera longa história na Metrópole, onde, como experiência agrária, fora aplicada no século XIV, numa saída desesperada para o incentivo da produção agrícola em face da aguda crise de abastecimento que se abatera sobre o Reino.

6. Aos proprietários de terras não cultivadas fora imposta uma obrigação ou, mais propriamente, uma servidão pessoal de cultivo efetivo, em prol da coletividade, que poderia, entretantes, ser cumprida por arrendamento, competindo ao poder público, na qualidade de gestor dos interesses da coletividade, a fiscalização do efetivo cumprimento. Cada cidade, vila ou comarca, na execução dessa política, deveria ter dois agentes públicos encarregados da distribuição das terras, denominados sesmeiros, termo que, por evolução semântica, passou a significar, no uso corrente e mesmo na legislação, aquele que recebia as terras de sesmaria, colono ou morador individual, corporações religiosas e mesmo aldeias indígenas.

7. A sistemática sesmarial de D. Fernando, ampliada e interpretada por medidas complementares de D. João I, veio a se incorporar ao Código Filipino, de onde, com uma trajetória de 150 anos de história nem sempre bem sucedida, foi implantada no Brasil em 1530, pautando-se, no plano legal, basicamente pelo regimento dos delegados de el-Rey, que por sua vez se reportava às Ordenações (as Manuelinas até 1603 e, a partir daí, as Filipinas). Num Brasil onde tudo era naturalmente diferente do Reino, o transplante do sistema gerou grandes distorções, entre elas o latifúndio.

8. O primeiro documento oficial das sesmarias no Brasil é a carta-régia conferida a Martim Afonso de Souza, em 20 de novembro de 1530, capitão-mor e governador das terras do Brasil, que lhe permitia conceder sesmarias das terras que viessem a ser achadas e que se pudessem aproveitar. Numa primeira fase, de quase meio século, na qual a única condição confirmadora do domínio privado era o aproveitamento da terra, e que vai até o Regimento de Tomé de Souza, de 1549, o sistema sesmarial brasileiro pautava-se precipuamente, no formado legal, pelas Ordenações Filipinas e, no plano concreto, pelas

cartas de doação, que estabeleciam as relações entre o doador e o donatário, e pelos forais, que definiam os poderes e os deveres do beneficiário.

9. Na realidade sesmarial, o único ponto em comum entre o Portugal de D. Fernando e o Brasil de D. João III fora a existência do solo inculto e sem aproveitamento, sendo tudo no restante praticamente diferente, a começar pelo conceito de sesmaria do Código Filipino, que tinha por premissa o fato de os proprietários não lavrarem e aproveitarem as terras, o qual de nenhum modo ajustar-se-ia ao Brasil, cujas terras, nunca tendo sido integrantes do domínio de senhorios, não poderiam, se aptas para lavrar e aproveitar, ter permanecido ociosas e incultas pela incúria dos donos, nem, como tais, abandonadas.

10. As concessões de sesmarias não poderiam, por conseguinte, ter por objeto, como sucedia em Portugal, terras de propriedade privada, abandonadas ou que houvessem sido confiscadas pelos sesmeiros, senão terras públicas pertencentes à Coroa. Não existia, nesse período histórico, propriedade privada no Brasil, cuja constituição se inaugurou com as doações, sob condição resolutiva (implementada) de cultivo e aproveitamento, de terras públicas de sesmarias, cujo impulso gerenciador era o princípio do cultivo como fundamento do domínio, um embrião da moderna função social da propriedade.

11. O transplante, puro e simples, sem nenhuma adaptação, da legislação reinol para um ambiente em todos os sentidos diferente, constitui um dos erros palmares dessa fase do sesmarialismo colonial, expressivo, por outro lado, de uma política de excessiva centralização da Coroa, fonte única do direito — o tempo histórico é o do Estado absoluto, no qual a figura do monarca se confunde com o Estado —, cuja produção legislativa, cada vez mais profusa, minudente, casuística, tumultuada e não raro conflitante, editada à distância e alheia à realidade colonial, restava fadada ao insucesso.

12. O Regimento de Tomé de Souza, novo Governador-Geral do Brasil, de 17 de dezembro de 1548 (Regimento dos Provedores da Fazenda del Rei Nosso Senhor nas Terras do Brasil), inaugura a segunda fase das sesmarias, de aproximadamente 250 anos, na qual as doações, a cargo dos Governadores-Gerais, residentes em Salvador — as concessões inicialmente eram atribuição dos donatários das capitâneas, que passou depois para os Governadores-Gerais e, por fim, para a Coroa, por seus agentes qualificados —, visavam especialmente o cultivo da cana-de-açúcar, produto em alta cotação no mercado europeu, e na qual as condições confirmadoras do domínio particular eram o

aproveitamento da terra e o registro da dádiva, com seus elementos especificadores, junto à Provedoria.

13. O novo marco legal trouxe os germes da transformação que aos poucos iria operar-se na legislação de sesmarias, sob a influência do meio colonial. Severo em relação aos sesmeiros remissos ou tardos no cumprimento das condições das concessões, o Regimento contém inovações significativas, como a previsão de concessão de terras para a edificação de engenhos de açúcar, e a preocupação estratégica de associar à exploração a defesa do território, com a construção de torres ou casas fortes.

14. O patrimonialismo constituía a concepção do poder político português nesse momento histórico, forma de dominação política pela qual a administração pública é gerida como patrimônio privado do soberano, numa indistinção, legitimada pela tradição, das esferas do público e do privado. Gerenciado pela racionalidade material, o poder central, envolto no quadro administrativo, comanda a economia, as forças militares e o aparelhamento burocrático, que dele depende pelo recrutamento e pelas retribuições, condicionando ao seu comando os indivíduos, presos e submissos pelo dever de lealdade ao soberano.

15. O soberano português dispunha da terra como instrumento de poder, num tempo em que as rendas provinham essencialmente do solo, logrando amealhar imenso patrimônio rural, cuja propriedade se confundia com o patrimônio da casa real, alocados os recursos tanto nas necessidades pessoais como nas coletivas, em circunstâncias que mal diferenciavam a coisa pública dos bens particulares, do domínio privado do soberano. A propriedade do rei — suas terras e seus tesouros — se confunde nos seus aspectos público e particular. Rendas e despesas se aplicam, sem discriminação normativa prévia, nos gastos de família ou em obras e serviços de utilidade geral.

16. O arbítrio e a conveniência individual passaram a gerenciar a ocupação territorial, dadas as falhas gritantes da administração portuguesa, o que se refletiu na propriedade. Ao invés de trilhar os canais legais da hierarquia da administração em busca de uma sesmaria, que, na maioria das vezes, se restringia aos candidatos ao latifúndio, afeitos ao poder e ávidos de domínios territoriais, aos colonizadores passou a ser preferível, num plano apenas de efetividade dominial, apoderar-se de um pedaço de terra e cultivá-lo, pura e

simplesmente. Antes uma política agrícola, as sesmarias converteram-se numa verdadeira doação de domínios régios.

17. O desvirtuamento do sistema sesmarial é apontado como uma das causas do sistema latifundiário de grandes regiões brasileiros, até hoje condenado como a razão de males estruturais do País, entre eles a questão crucial e às vezes cruenta do acesso à terra. O sistema assumiu no imenso território brasileiro uma leitura peculiar, gerenciada pelo espírito do latifúndio, que passou a informar a legislação das sesmarias, e pela influência dominialista, esta designadamente a partir de 1699, quando, pela Carta-Régia de 20 de janeiro daquele ano, aos titulares das sesmarias foi imposta, sem prejuízo do dízimo, a obrigação de pagamento de uma renda (foro) ao erário português, na proporção da grandeza e da produção da terra.

18. As graves deformações do sistema sesmarial levaram ao ponto em que se adonar pura e simplesmente de terras devolutas e cultivá-las tornara-se conduta comum entre os colonizadores, atingindo a prática tamanha proporção que, com o passar dos anos, era considerada como mecanismo legítimo de aquisição do domínio, em princípio de forma paralela às sesmarias e, depois, em substituição a esse regime. Chegando as disfunções ao paroxismo, Resolução n. 76, de 17 de julho de 1822, da Mesa do Desembargo do Paço, com a rubrica do Príncipe Regente, suspendeu todas as sesmarias futuras até a convocação da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa.

4.2.4 A Lei de Terras

1. Ao caos fundiário em que se convertera o sistema sesmarial, agravado por mais vinte e oito anos de livre ocupação que se seguiram à Resolução de 17 de julho de 1822, numa omissão completa de regulamentação legal — o chamado período áureo da posse, no qual a simples ocupação, mesmo a descoberto de título, passaria, de *lege ferenda*, a ser pressuposto do reconhecimento da propriedade particular —, impôs-se com determinação e realismo o legislador imperial, com a Lei 601, de 18 de novembro de 1850, que dotou o Brasil de um regime de terras à altura daquele momento histórico.

2. A Lei 601/1850, produzida com raro senso de realidade, haja vista as anteriores leis portuguesas para o Brasil, que figuravam, em muitos casos, mais como caracteres líricos,

enfrentou com firmeza o caótico quadro fundiário que encontrara, porém sem desconhecer o fato social das ocupações. Para reconduzir o caos à ordem, pondo cobro às livres ocupações, nas suas causas próximas e remotas, preocupou-se também em olhar para a frente, vedando terminantemente a aquisição de terras devolutas por outro título que não fosse a compra e venda, pondo termo à política paternalista de colonização pela doação de terras.

3. Curvando-se ao fato consumado e irreversível daquelas situações reais fundadas na efetividade econômica, a Lei 601/1850, de um lado, revalidou as sesmarias e concessões anteriores, desde que cultivadas, ou com princípio de cultura e morada habitual do sesmeiro ou do concessionário, ainda que insubmissas às demais condições com as quais haviam sido concedidas; e, por outro, legitimou as posses mansas e pacíficas, havidas por ocupação primária ou derivada, nas mesmas condições de cultivo e morada traçadas para as sesmarias.

4. Medida de longo alcance social, a legitimação das posses mansas e pacíficas, informadas pela cultura, ou por princípio de cultura e morada habitual, conferiu ao camponês sem título, que estava à margem da legislação anterior, a efetiva possibilidade de acesso ao domínio da terra que explorava, fato pelo qual meras situações de fato vieram a ser elevadas a situações jurídicas. A medição da área no prazo marcado importaria, *ipso facto*, a expedição do respectivo título de domínio, embora a falta de medição, nos prazos legais, importasse a pena de comisso. Mas, ainda nesse caso, a visão liberal da lei permitia que o posseiro conservasse a parte do terreno com efetiva cultura, havendo-se por devoluta somente a parte inculta.

5. Não existindo, como de fato não existia, direito preexistente a ser reconhecido, senão uma mera situação de fato, ainda que qualificada por quase três décadas de vazio normativo em matéria de terras públicas, a legitimação de posse substancia na realidade uma doação de terras públicas sob certas condições, numa aplicação, em essência, da concepção lockeana de que a propriedade encontra justificativa na proteção do resultado do trabalho do homem.

6. Tirante a situação legal daquelas sesmarias cujo domínio já estava consolidado na titularidade dos sesmeiros na data da lei, como direito adquirido, em face do preenchimento de todas as condições legais translativas do domínio, o novo paradigma fundiário encontrou

as terras brasileiras em basicamente três situações, dando a cada qual uma solução legal específica: as sesmarias cujos beneficiários não haviam cumprido alguma condição legalmente exigida para a consolidação do ato translativo, que a nova lei legitimou mediante a comprovação, apenas, do cultivo efetivo e morada habitual; as terras simplesmente ocupadas à margem da lei, como meras situações de fato, constituídas naqueles 28 anos de vazio normativo posteriores à Resolução 76/1822, que foram legitimadas nas mesmas condições — cultivo efetivo e morada habitual do posseiro ou de quem o representasse —, com a expedição do respectivo título de domínio; e as terras não incluídas nessas duas situações — nem distribuídas nem ocupadas —, denominadas genericamente de terras devolutas.

7. As terras devolutas, cujo domínio veio a ser transferido aos Estados-membros pela Constituição de 1891, desde que situadas nos seus respectivos territórios, deitam relevância marcante na propriedade imobiliária, quer pela sua própria noção que, via de regra atrelada a determinada época e vinculada a determinada lei, se presta a muitas acepções, quer sobretudo pelos constantes e recorrentes conflitos, de caráter individual e coletivo, que circundam a sua apropriação e exploração, ao longo dos anos, na história da política agrária brasileira.

8. Na saga histórica das terras devolutas, e sem embargo do realismo e dos bons propósitos do legislador imperial, cuja obsessão era respeitar a todo custo a detenção daquele que, sem título dominial em ordem, estivesse em contato com o solo brasileiro, com ocupação expressada por dois requisitos absolutamente imprescindíveis – a cultura efetiva e morada habitual—, a questão da terra e da sua apropriação ainda se ressentia de solução adequada e sustentada.

4.2.5 A Primeira Codificação Civil (1916) e o Paradigma Patrimonialista da Relação Proprietária

1. A previsão de elaboração do primeiro Código Civil, constante da Carta imperial, somente se concretizou quase um século depois, malogrando os esforços governamentais, que, na expressão da afirmação da consciência jurídica nacional, empreenderam várias tentativas na busca desse desiderato. Apesar do enorme prestígio ideológico do Code

Napoléon, os mais de três séculos de vigência ininterrupta do Código Filipino impediram que o Brasil se incorporasse mais cedo ao movimento de renovação legislativa que de modo geral empolgou as nações ocidentais no século XIX.

2. Em 1855, quando a codificação napoleônica já passava de cinquenta anos, o Brasil, vergado ao peso da tradição, preferiu optar, em primeiro momento, por consolidar a sua legislação cível, o que, se de um lado facilitou a obra do futuro código, de outro constituiu-se num arraigado fator de manutenção, além do tempo razoável, da tradição portuguesa no País.

3. Enquanto Brasil e Portugal tiveram uma história jurídica em comum, as inovações de ordem legislativa submeteram-se a uma linha de pensamento filosófico definida, expressa no jusracionalismo, que deitou grande influência na legislação pombalina e, por consequência, na evolução do direito privado português. Mas, com o advento do individualismo liberal, a partir do final do século XVIII, as duas nações passaram a andar por caminhos diferentes.

4. A difusão das ideias liberais, no campo jurídico, não medrou da mesma forma nos dois países. Portugal, situado na Europa, mais aproximado do baricentro das doutrinas inovadoras, que de logo conquistaram os seus irrequietos juriconsultos, veio a sofrer a influência das doutrinas liberais no seu Código Civil de 1867, que, nas pegadas do Código Civil francês, incorporou a maior parte das inovações propostas pela vanguarda dos juristas da época, entre elas o efeito real dos contratos. No Brasil, mais distante dos ventos inovadores do individualismo jurídico, embora as ideias da doutrina do liberalismo e dos códigos jusracionalistas não fossem desconhecidos dos expoentes da doutrina nacional, as circunstâncias históricas levaram a que as ideias liberais não produzissem de logo o mesmo efeito, permanecendo o seu sistema jurídico privado mais próximo da tradição jurídica portuguesa.

5. Na elaboração da primeira codificação civil brasileira, a voz da tradição dominou os debates. O novo Código, uma marco na afirmação do sentimento nacional e, sobretudo, da civilística brasileira, na tradição do individualismo liberal, se de um lado é tido como um conjunto equilibrado e harmonioso, socorrendo-se de elementos das legislações civis mais recentes; de outro constitui, paradoxalmente, ainda que publicado nos albores do século

XX, uma expressão muito mais fiel da tradição jurídica portuguesa do que o próprio Código português, editado cinco décadas antes.

6. A estrutura agrária mantida no Brasil era ainda a do sistema colonial. É nas propriedades rústicas que toda a vida da colônia se concentra durante os séculos iniciais da ocupação europeia. Saído há pouco do regime escravagista, cujos tentáculos dominaram a sociedade colonial do vasto Império, o Brasil era uma sociedade patriarcal de economia sobretudo rural, que resumia a sua vida econômica ao dueto da exportação de matérias primas e gêneros alimentares e da importação de produtos fabricados, quadro no qual não seria de esperar-se, ao menos numa perspectiva de eficácia, um modelo jurídico menos conservador.

7. Um abismo cultural separava a classe social letrada que cultivava valores e gostos europeus e a grande massa da população inculta, submersa na ignorância. A classe política, que detinha o mando, integrada pelas famílias proprietárias da terra, tinha como seus porta-vozes os doutores, que, mesmo dela afastados pelo pensamento e pela cultura, voltados para a influência europeia, agiam fielmente em defesa de seus interesses, por tradição, por sentimento e pelo instinto conservador de todo poder

8. A codificação imprime na disciplina das instituições jurídicas básicas — a propriedade, a família, a herança — os sentimentos e a visão de mundo da classe senhorial, condensando um direito mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação. O privatismo doméstico gerencia a sua elaboração, fazendo com que muitas das suas disposições reflitam o privatismo patriarcal que caracterizou o estilo de vida da sociedade colonial.

9. Nada obstante regida pelo cunho liberal-progressista, a codificação restou prisioneira dos interesses, da tradição, dos sentimentos e do instinto conservador da aristocracia rural, da classe poderosa dos fazendeiros. O individualismo jurídico, que regia o pensamento dominante, não permitiu a assimilação de nenhum avanço na legislação social, tudo restando para os soberanos domínios da liberdade contratual. As tentativas de inovação de cunho social, *v.g.*, de proteção do trabalhador, então regido pela locação de serviços, na perspectiva da limitação da jornada de trabalho e, sobretudo, de proteção nos acidentes do trabalho, naufragaram em face das então condições sociais do país e do seu

atraso econômico, malgrado a atmosfera do novo espírito social desencadeado pela abolição da escravatura e pela proclamação da República.

10. A codificação é contemporânea do Estado liberal e, portanto, da afirmação do individualismo jurídico, assegurando amplo espaço para a autonomia privada dos indivíduos. Sobre ser individualista-potestativa, a relação jurídica proprietária é regida por um paradigma patrimonialista, que tem sua raiz na ideia de que a propriedade constitui um valor necessário à realização da pessoa. A possibilidade de aquisição de bens é tida como um forte componente da liberdade individual, metodologia pela qual todo o direito civil é pensado a partir da propriedade, numa lógica proprietária.

11. O interesse patrimonial ganha a dianteira. O objeto da relação jurídica proprietária avulta em prestígio e consideração, como manifestação inexorável de poder social. O foco sai da pessoa para centrar-se no objeto da relação jurídica, prevalecendo o patrimônio como valor a ser tutelado pela lei. A pessoa humana, sujeito da titularidade, fica envolta pela dimensão econômica e é considerada em perspectiva apenas operacional, ou instrumental, como polo da relação jurídica.

4.2.6 A Ideologia Individualista – A Propriedade como Projeção da Personalidade

1. O homem livre e senhor dos seus atos realiza a sua liberdade no mundo das coisas materiais, que figuram como uma extensão do domínio e do poder sobre si mesmo, dinâmica na qual o direito de propriedade se coloca como uma realização do direito de personalidade relativamente aos objetos exteriores, dos quais o homem tem inapelavelmente necessidade para sua existência biológica, à semelhança de todos os animais não humanos, e sobretudo para o seu desenvolvimento como pessoa, com as virtudes da cidadania.

2. A íntima conexão entre personalidade e propriedade tem nas suas fundações os componentes teóricos do individualismo do mundo moderno, que dá primazia ao indivíduo em relação à sociedade e ao grupo, diversamente da antiguidade, onde o indivíduo, parte da sociedade, não tinha afirmação própria; da noção de propriedade individual (particular) destacada da propriedade coletiva ou do grupo familiar, como a etapa mais jovem na arqueologia da propriedade; e da noção de direito subjetivo, esteio da

técnica jurídica moderna, que galvaniza os outros dois componentes e lhes dá eficácia técnica.

3. A noção técnica de propriedade individual, enquanto instituição jurídica, pressupõe, além da condição e da dimensão econômicas, uma condição psicológica muito precisa, expressa num mínimo de consciência do eu, que não existe num grupo submetido à figura autocrática do chefe, no qual o homem não se considera senhor sequer da sua pessoa, não se podendo esperar que cultive a ideia de sujeito titular de direitos, que implica a noção de consciência individual.

4. Na tensão das relações sociais entre o grupo e indivíduo, o homem começa a se desvencilhar da concepção corporativa da sociedade, filiada à ideia de uma ordem universal, na qual ele e as coisas eram simples peças de um todo organizado, e assimila a consciência de que existe, adquirindo a sensação de superioridade em relação aos objetos do mundo que o circunda e, sobretudo, da liberdade, que passa a ser a base e o fundamento do ser. Paradigma moral das sociedades moderna e contemporânea, orientando os seus padrões de conduta, o individualismo exalta o indivíduo e o entroniza no eixo da ordem social.

5. A interconexão teórica da ideia de propriedade individual, na perspectiva do poder de apropriar-se das coisas, é historicamente associada à célebre controvérsia teológica da ordem franciscana com o papado, no primeiro quartel do século XIV, em torno da essência do direito de propriedade e do seu efetivo significado em face dos votos de pobreza da ordem franciscana, na qual está a concepção fundacional da noção de direito subjetivo, poder da vontade reconhecido pela ordem jurídica, uma das ferramentas centrais da moderna dogmática, que fornece a base de todo o direito civil.

6. Não havia na época nenhuma grande questão que não passasse pelos mestres universitários, pelos teólogos e pelos doutores em direito romano ou canônico. Um monge franciscano que não era jurista, Guilherme de Ockham, defendia, pioneiramente, na contramão da diretriz papal, a ideia do uso (*simplex usus facti*) de um bem material dissociado do direito de propriedade sobre ele, exatamente o que poderiam fazer os monges sob o voto de pobreza, com o que passa de forma indireta a ser tido como o fundador da teoria subjetiva do direito.

7. No impulso dessa polêmica teológica surge a ideia de que o verdadeiro domínio não consistiria essencialmente num uso fático-material das coisas, senão num poder de disposição subjetiva, ideário no qual a lei deixa de ser uma expressão da ordem que o espírito humano descobre na natureza, uma ideia normativa da natureza, para ser entendida como a expressão do poder e da vontade do legislador, e o direito, por sua vez, deixa de ser uma relação justa entre seres sociais para tornar-se o reconhecimento social do poder do indivíduo.

8. Na escala evolutiva da noção moderna de direitos subjetivos, a etapa mais tradicional era de extração jusracionalista, que os concebia como atribuídos pela natureza a cada homem, de dar livre curso aos seus impulsos racionais, ligados à sua personalidade, à sua defesa, à sua conservação e ao seu desenvolvimento. Eram os direitos inatos, naturais, nascidos no Estado de natureza, porém recebidos pela sociedade civil através do contrato social, tendo sua fonte, portanto, numa ordem objetiva — antes da natureza, agora da sociedade.

9. A concepção lockheana — que ultrapassa a ideia de direito como a qualidade moral que habilita uma pessoa a ter ou a fazer alguma coisa com legitimidade (Grotius), inspiradora da escola do direito natural —, ao permitir o deslocamento do fundamento do direito subjetivo para o poder da vontade, dá uma volta completa na própria noção de direito natural, equiparando-o às consequências que decorrem racionalmente de uma convenção entre os homens ou de uma regra jurídica positiva.

10. Uma polêmica de natureza teológica, em princípio circunscrita a um aspecto localizado da vida das ordens religiosas medievais, deitou paradoxalmente consequências profundas e indeléveis no discurso dos homens com as coisas e na respectiva regulamentação jurídica ao longo dos séculos, levando à concepção de domínio como afirmação de uma vontade dos sujeitos sobre as coisas, em cuja raiz está a ideia do homem livre e senhor de si mesmo, das suas ações, cuja liberdade se realiza pela projeção no mundo exterior dos bens. O domínio sobre as coisas aparece como um prolongamento do domínio sobre si próprio.

11. A relação íntima de compartilhamento entre o homem as coisas materiais, mesmo submetida a reformulações teóricas — para ser vista a propriedade, *v.g.*, como um momento essencial da liberdade individual —, não deixa de trair um componente

“ancestral” das sociedades primitivas, nas suas relações com os bens pessoais, geralmente feitos manualmente e utilizados pessoalmente pelo dono (roupas, mitos, armas, ferramentas), tratados como extensão da sua pessoa, algo assimilado ao ego, e queimados ou enterrados com o defunto.

12. A noção de propriedade envolvendo a vida e a liberdade é enriquecida com a noção de coisas inalienáveis, aquelas que, pertencendo tão essencialmente a um homem, não poderiam pertencer a outro, como a vida, a liberdade, a honra, a integridade física, como características da personalidade, abençoadas pela lei da natureza. A liberdade é entendida como uma “propriedade” inalienável, negando-se às pessoas o direito de abrir mão da sua liberdade, para, *v.g.*, colocarem-se em regime de servidão.

4.2.7 A Propriedade na Tradição Liberal – Direito Fundamental de Defesa

1. Constitui elaboração do jusnaturalismo moderno a ideia de que o homem tem direitos por natureza, enquanto homem, direitos inalienáveis e que ninguém — nem ele próprio — lhe pode subtrair, concepção que remonta ao Estado de natureza e que ecoa nas palavras iniciais da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, segundo a qual os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos, somente podendo as distinções sociais fundar-se na utilidade comum.

2. A liberdade individual constitui a finalidade do Estado liberal, tanto mais perfeito quanto mais permite e garante a todos o desenvolvimento da liberdade individual. Não tendo o Estado fins próprios, pois os seus fins coincidem com os fins múltiplos dos indivíduos, não lhe incumbe estabelecer o que fazem os cidadãos, devendo, sim, garantir para cada um uma esfera de liberdade na qual cada um possa desenvolver as suas habilidades e talentos. Não é concebida, nesse estágio da história política, a ideia de que o Estado promova o bem-estar social, senão que remova os eventuais obstáculos que se antepõem para que cada indivíduo busque o seu bem-estar pelas suas próprias capacidades e meios.

3. Com as revoluções liberais, nos fins do século XVIII, os direitos fundamentais triunfaram politicamente, aparecendo basicamente como liberdades, esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado, de quem se exige que se abstenha, o mais que

possível, de intromissões na vida pessoal, econômica e social dos cidadãos, cenário no qual a propriedade afigura-se muito mais do que um conteúdo de um direito fundamental, para manifestar-se como uma condição objetiva e uma garantia de liberdade, em cuja retaguarda está a segurança como um pressuposto da liberdade.

4. Liberdade, segurança e propriedade constituem o lema da construção liberal da sociedade política. Os direitos fundamentais são vistos, em primeiro, como liberdades, incumbindo aos seus titulares a determinação dos seus conteúdos, e, em segundo, como garantias, para que fosse assegurada, em termos institucionais, a não intervenção dos poderes públicos. Assim se situa a propriedade como direito de defesa dos indivíduos em face do Estado.

5. A moldura sociopolítica é a do liberalismo, ideologia da modernidade, que pressupõe o indivíduo como ponto de partida, rede ideológica na qual o poder público, conquanto onipotente e detentor do monopólio da força, limita-se a si mesmo e deixa, ainda que à própria custa, um espaço de não interferência no qual vivem os que nem pensam nem sentem como ele.

6. A engenharia da ideia da propriedade — e de outros direitos como a liberdade, a segurança e a resistência à opressão — tem premissa, com o início da era moderna, na concepção individualista da sociedade, sucessora da ideia corporativa (uma ordem universal continente dos homens e das pessoas), pela qual a sociedade constitui um todo e paira acima das partes e em face da qual (Estado) o indivíduo, na perspectiva dos seus deveres individuais, encontra-se num estado passivo, do qual fica excluída a autodeterminação e, por consequência, a personalidade.

7. Tipifica característica marcante da formação do Estado moderno, no entorno do ideário do individualismo, a inversão de polos na relação entre o Estado e os cidadãos, em favor dos quais — em desfavor do Estado — a prioridade ocorre em escala crescente. Na relação política, o indivíduo singular deixa de ser um objeto de poder, um mero sujeito passivo, destinatário de deveres em face do soberano. O indivíduo abstrato passa ao homem concreto, da condição de súdito para a condição de cidadão e, como tal, a ter direitos em face do Estado, tendo este, por outro lado, o dever precípua de velar pela não ingerência do *imperium* em espaços demarcados da liberdade dos indivíduos.

8. Àquele estado passivo típico de uma sociedade organicista sucede, na escala das diferentes posições jurídicas em face do Estado, um estado negativo, que pressupõe limitações na capacidade de agir da sociedade política e em virtude do qual o homem, dotado de personalidade, conquista um espaço de liberdade em relação ao Estado, do qual desaparecem os regramentos estatais que lesionam a liberdade. Triunfa a ideia de que Estado e as pessoas constituem realidades distintas, ainda que se impliquem recíproca e necessariamente.

9. Nessa dialética de profundas raízes filosófico-políticas é que surgem os modernos direitos fundamentais de defesa, em cujo proscênio desponta, altaneira, a propriedade, no singular, atributo da personalidade individual, concebida, gestada e dada à luz pelo ideário da Revolução Francesa, cuja maioridade foi alcançada em 1804, com o *Code Napoléon*, que garantiu não somente o direito mas também o estado da propriedade resultante de revolução. A concepção revolucionária é que a propriedade há de ser livre como são livres as pessoas, ao que se segue ser a integridade (intangibilidade) da propriedade uma extensão da integridade das pessoas.

10. Em face dos direitos fundamentais de defesa, a intromissão não legitimada faz surgir em prol do indivíduo a respectiva pretensão reparadora, seja de abstenção, seja de revogação, seja de anulação. A propriedade, como outros institutos da mesma extração, não estaria devidamente guarnecida se não houvesse um complexo normativo assecuratório, em face das contestações e violações da sua titularidade. Têm-se, portanto, as garantias constitucionais — para alguns, garantias institucionais — que vêm a ser os mecanismos institucionais destinados a fazer valer o direito, assegurando o exercício das faculdades inerentes à titularidade proprietária.

11. Em face das Constituições do Estado liberal, a propriedade, cuja inviolabilidade constitui um dos seus postulados, representa um princípio constituinte do direito de liberdade. O título proprietário não depende da estrutura social; diversamente, a estrutura social é que é regida e moldada por ele, linha na qual se insere a Constituição brasileira, que cataloga e garante o direito de propriedade como um direito fundamental, base do sistema econômico-capitalista da livre iniciativa.

12. A liberdade proprietária, como a liberdade contratual, constitui extensão natural da liberdade pessoal, moldagem na qual a propriedade ingressa nas codificações do Estado

liberal. Livre é o homem quando pode ser titular de direitos proprietários, gozar e dispor dos bens do seu patrimônio, sem impedimentos e sem interferências ilegítimas da sociedade política. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

4.2.8 A Constituição de 1934 e o Estado Social

1. A igualdade sobre a qual se ergue o liberalismo, eminentemente formal, esconde no manto do seu discurso um mundo real de desigualdades econômicas, políticas, sociais e pessoais, de cujas contradições emerge o Estado social, através da transformação da superestrutura do Estado liberal. Opera-se a quebra da separação dos dois mundos do modelo liberal: de um lado, a sociedade, o mercado e a esfera privada; de outro, o Estado, a política e a esfera pública. Mas não se abdica da opção pelo sistema capitalista de produção, que é compatibilizado com a consecução do bem-estar social.

2. No Estado social, o individualismo clássico liberal passa por uma correção de rota em função do qualificativo social, em face da realização dos direitos sociais. Os direitos individuais das pessoas, objeto de consagração constitucional, na visão oitocentista, são sobretudo liberdades em face do Estado. No que diz respeito à propriedade, ela surge ao lado da liberdade e da segurança como componente da sua ideia de Direito. A propriedade é uma liberdade protegida.

3. Nas constituições de tendências sociais, o direito de propriedade privada não se dissocia dos direitos fundamentais, mas passa a ser, também, um componente da ordem econômica, condicionado a outros interesses e valores em perspectiva social. Integrante clássico do rol das liberdades negativas da primeira dimensão dos direitos fundamentais, a propriedade passa a compor, também, a dimensão dos direitos fundamentais de proteção, de promoção, que demandam ações comissivas do Estado na perspectiva de reduzir as desigualdades sociais.

4. Os direitos sociais, culturais e econômicos, direitos fundamentais de segunda geração, que dominam a cena constitucional do século XX, integrando o constitucionalismo das diferentes formas de Estado social, constituem um resultado da ideologia e da reflexão

antiliberais, mas não apareceram por obra e graça de um *fiat* original, senão como uma manifestação da superação do liberalismo, da própria ruína da sociedade liberal, sucedida pela sociedade técnica de massas. Mas, como as liberdades negativas, foram inicialmente objeto de especulações filosóficas e políticas, sob o horizonte da noção de igualdade.

5. O progresso técnico e a industrialização desenhavam no horizonte o bem-estar material, levando os homens a migrar para as cidades, deixando para trás suas terras, seus projetos de vida, seu espaço e seu tempo. A sociedade agrária se transforma em industrial e muda o mundo das pessoas, pondo a céu aberto as contradições do sistema, o que leva a que se reconheça ao indivíduo um estado positivo (*status civitatis*), que expressa a aptidão para pretender uma atuação do Estado em seu favor, conferindo-se-lhe faculdade de servir-se das instituições estatais. Da condição de objeto de poder, o indivíduo evolui para a condição de destinatário de direitos em face do Estado.

6. Não são repudiadas as bases filosóficas do Estado liberal — o iluminismo, o jusracionalismo e o liberalismo —, porém mantidas, ainda que superadas em parte. Perde densidade a crença individualista na Constituição. A liberdade individual e a concorrência econômica, premissas da harmonia liberal, que supostamente conduziriam os homens ao eldorado, levou-os, diversamente, a injustiças clamorosas. A paz social exige, da parte do Estado, atos diretos de gestão da vida social, especialmente da ordem econômica. O Estado social intervém na economia não somente para regulá-la mas também para promover o crescimento econômico e as políticas sociais e retributivas.

7. A desagregação das estruturas sociais tradicionais tornou insuficientes os mecanismos costumeiros de provisão das necessidades materiais do homem e de sua família, em face das contingências da doença, da velhice e da pobreza, o que, imputado ao absentismo da ordem liberal, levou os indivíduos a reivindicar do Estado uma intervenção mais efetiva na transformação das estruturas sociais. Não basta somente uma igualdade formal e lírica. O Estado de Direito deixa de ser apenas formal e se transforma no Estado material de Direito, admitindo e reconhecendo os direitos sociais, na mira dos objetivos da justiça social.

8. Avulta, na caracterização do Estado social mais o fato de as suas ações serem reivindicadas pelos cidadãos como um direito e menos o fato da intervenção direta das estruturas públicas na melhoria do nível de vida da população. Os regimes constitucionais

passam a consagrar um capítulo específico sobre os direitos sociais, culturais e econômicos, cuja função precípua consiste em reconstruir as condições materiais e culturais nas quais vivem as pessoas de fato, além dos batentes de uma liberdade formal, em cujo imaginário está o indivíduo abstrato, sem os seus atributos sociais.

9. A promessa constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais, de braços dados com as liberdades e garantias individuais, assume uma dimensão política praticamente universal, passando a figurar nas cartas constitucionais do século XX, a começar pela Constituição Mexicana de 1917 e, especialmente, pela Constituição socialdemocrata alemã de 1919, a Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, daí dominando a cena constitucional do segundo pós-guerra.

10. A Constituição de Weimar é, entre as grandes constituições europeias, a primeira a se preocupar com a questão social e, mais concretamente, com a relevância constitucional dos problemas sociais, atribuindo direitos sociais aos cidadãos, impondo limitações ao princípio da liberdade contratual e limitações estruturais à propriedade privada. Sua opção pela inserção constitucional dos direitos sociais, expressivos dos valores da justiça social, passou a constituir o paradigma sociopolítico dominante da cena constitucional daí em diante.

11. O Estado social, portanto, faz inserir na Constituição a regulação da ordem econômica e social. A tutela dos direitos deixa de limitar-se ao ângulo da fundamentação subjetiva, confinada no espaço da autonomia privada dos seus titulares, e alça vôo para outros domínios, todos em perspectiva coletiva, como a seguridade social — a completar ou a substituir, com universalidade e sustentabilidade, os mecanismos mutualistas familiares —, a educação, a saúde e o trabalho, já no plano da fundamentação objetiva da norma, sob os vetores do interesse da coletividade; numa expressão, do interesse público.

12. Nessa moldura constitucional é que se insere a Constituição brasileira da Segunda República, promulgada em 17 de julho de 1934, que, dando acústica à luta dos movimentos operários pela conquista da regulamentação da chamada questão social, uma das pautas sociais da Revolução de 1930, que pusera fim à República Velha e numa influência direta da Carta de Weimar, trouxe, ao lado da clássica declaração dos direitos e das garantias individuais, como uma das novidades no seu conteúdo, um título sobre a ordem econômica e social. Inaugurou-se juridicamente o Estado social de Direito no Brasil, pelo qual se

pautaram as Constituições seguintes, com exceção da Constituição de 1937, do Estado Novo.

13. Não sendo o Estado social um modelo socialista, posto ter por pressuposto o sistema capitalista de produção e, como viga mestra, a propriedade, componente da ordem econômica, mas em perspectiva social, a Constituição de 1934 garantiu o direito de propriedade, mas adverte que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. Uma forma velada, portanto, de adotar o princípio da função social da Constituição de Weimar. Isso sem muitos incômodos ao sistema e às classes dominantes, dada a baixa ou quase nenhuma normatividade dos direitos sociais nesse tempo, o que ainda trai claramente a concepção do individualismo na sua visão de um indivíduo abstrato.

14. O projeto constitucional do Estado social conviveu olímpicamente, anos e anos a fio, com o modelo liberal de propriedade do Código Civil de 1916, sem significativos atritos recíprocos, o que pode ser entendido pela circunstância de que os direitos sociais, cuja exequibilidade já nascera em crise, eram, nos primórdios, mais aspirações a alcançar do que propriamente posições jurídicas subjetivas definidas e justiciáveis. E sobretudo porque o direito civil naturalmente ainda não adquirira, como nos dias correntes, consistência constitucional. Os direitos subjetivos são reconhecidos em leis ordinárias cujo conteúdo não deriva materialmente da constituição. O direito privado, no Estado liberal, regula as relações dos indivíduos do ponto de vista da liberdade individual, à margem das relações políticas e constitucionais. Nessa visão, e por mais herético que nas lentes de hoje pareça, tem primazia material em face da constituição.

15. A explicação mais prática, entretanto, é que o Brasil, na realidade, nunca praticou nos estritos termos o Estado de bem-estar (*welfare state*), que garante a todos os cidadãos, como fatores de cidadania e de dignidade, padrões mínimos sociais de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, seja em face de situações de dependência pessoal alongada e sem retorno, como a invalidez e a velhice, as mais agudas e clamorosas, seja em face de situações carenciais de duração mais limitada e contingencial, como o desemprego e a doença.

4.3 A Propriedade Fundiária – Perfil Contemporâneo – Sistema Jurídico Pós-1988

4.3.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Constituição de 1988

1. A centralidade da pessoa humana, no mundo contemporâneo, incorporada pelo direito positivo das nações civilizadas, tem como que a firmeza teórica e irreversível da verdade revelada e tipifica um consenso da contemporaneidade, mas os seus primórdios culturais expressam fundamentalmente uma concepção filosófica e moral, que, por sua vez, constitui a resultante da dialética histórica da afirmação paulatina do indivíduo em face do Estado. Sua inserção no plano jurídico, fato mais recente, não ocorre senão em virtude de um longo e complexo processo de limitação do poder político, conquistado pelo indivíduo na história da luta pelo seu reconhecimento, história que é, ao mesmo tempo, a história da progressiva fixação do conceito de dignidade da pessoa.

2. O debate tem raízes históricas recuadas, no mundo antigo e no mundo medieval, mas alcança seu máximo desenvolvimento na modernidade, com o desenvolvimento da categoria de pessoa individual, cuja dignidade, em princípio, surge vinculada à diferenciação do homem do resto da natureza, ideia que se conecta ao princípio religioso da origem divina do homem, criado à imagem e semelhança de Deus, dotado de uma posição de soberania em relação à natureza e com autoridade sobre as demais criaturas da face da Terra.

3. A análise retrospectiva da afirmação da essencialidade do homem, como pessoa humana, dotada de razão e de consciência, e da sua dignidade como atributo intrínseco, em face da sociedade política, passa originariamente pelo momento histórico do cristianismo, com a sua cultura da personalidade que valoriza o indivíduo em si mesmo, centro do seu pensamento e das suas atitudes, criado à imagem de Deus, cuja salvação depende da sua decisão e do seu projeto pessoal de vida. O homem, em face do cristianismo, deixa de ser um cidadão, parte indissociável da sua comunidade, e passa a ser considerado como pessoa, um valor em si mesmo em face da sua condição, independentemente de toda e qualquer consideração de ordem política ou jurídica.

4. O momento histórico sequencial é o iluminismo, com a sua crença fervorosa na onipotência da razão humana para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos, que

expulsa o elemento religioso do centro do sistema do pensamento, onde o colocara a tradição do jusnaturalismo, e põe o homem no seu lugar. Os iluministas, encorajando o homem a usar o próprio intelecto, nutrem uma confiança sem limites na razão e pretendem libertar o conhecimento humano de tudo aquilo que não seja conforme a razão.

5. O terceiro momento da elaboração teórica do conceito de pessoa, sujeito de direitos universais, anteriores e superiores à sociedade política, passa a ser a filosofia kantiana, para a qual o homem, como ser racional, existe como fim em si mesmo, dispendo de uma dignidade ontológica, e não como meio, não podendo ser convertido em objeto de processos estatais ou particulares, instrumentalizado e transformado em meios para alcançar quaisquer fins. Dotado do valor interior da dignidade, o homem é superior a qualquer preço e não se concilia com nada equivalente. Representa necessariamente a sua própria existência.

6. A concepção de pessoa humana, encimada pelo neon da filosofia kantiana de homem, axioma da cultura do mundo ocidental, levou a que a visão humanista se transformasse no patrimônio comum do chamado mundo civilizado, passando a influenciar os documentos constitucionais do século XX, tendo como momentos históricos decisivos as duas guerras mundiais, a partir das quais a preocupação com os denominados direitos sociais, em cujo substrato está a noção de dignidade da pessoa, levou a que fossem paulatinamente recebidos nos textos constitucionais.

7. A tábua axiológica das constituições promulgadas no século XX passa a refletir prioritariamente a afirmação da pessoa humana e a dignidade que lhe é imanente, como valores fundamentais. O marco miliário dessa trajetória é a Lei Fundamental alemã de 1949, a qual, de forma pioneira no mundo, deu à dignidade da pessoa humana a estatura expressa de direito fundamental, ao proclamar que a dignidade humana é inviolável e que respeitá-la e protegê-la constituem obrigações de todos os poderes estatais.

8. Consagrada a dignidade da pessoa humana nos planos internacional e interno como valor maior dos ordenamentos jurídicos e princípio gerenciador da atuação estatal e dos organismos internacionais, diversa não foi a opção do constituinte brasileiro de 1988, ao dispor, retratando um valor supremo que se põe nos alicerces de toda vida nacional e que atrai para a sua força modeladora o conteúdo de todos os direitos fundamentais, que a

República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

9. A dignidade da pessoa humana encontra-se positivada constitucionalmente, mas, não sendo uma criação constitucional, senão um dado que preexiste a toda experiência especulativa, o seu real significado é o de fundamento republicano, conceito e valor supremos que modelam as fundações da estrutura do ordenamento constitucional, cujo conteúdo, visto no seu elemento nuclear, radica-se primordialmente na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa. Independentemente das circunstâncias de tempo e espaço, a dignidade da pessoa humana considera como imanente a cada pessoa a aptidão pessoal que a capacita a exercer opções e decisões sobre si mesma, sobre sua consciência e sobre a sua visão de mundo.

10. Ainda que não se tenha cunhado um conceito positivo de dignidade da pessoa, infenso a dúvidas, objeções e infiltrações de noções contíguas, não pairam dúvidas acerca da identificação daquelas situações nas quais ela não é concretamente respeitada, na perspectiva de uma garantia negativa pela qual a pessoa não será objeto de ofensas e humilhações. A dignidade é vulnerada sempre que a pessoa concreta seja degradada na sua condição humana, desqualificada como ser ético-espiritual, rebaixada a objeto, tratada como uma coisa, descaracterizada como sujeito de direitos.

11. A dignidade da pessoa humana, sendo rigorosamente um direito ou garantia fundamental, mas também um fator fundante republicano, não deixa todavia de ter dimensão como norma jurídica para fins de dedução de posições jurídicas não escritas, seja em virtude da norma geral inclusiva do art. 5º, § 2º da Constituição (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”), seja porque os direitos fundamentais em geral configuram explicitações da dignidade da pessoa humana.

4.3.2 Direito Civil-Constitucional. Constitucionalização do Direito Civil

1. Posto o fato de que os princípios e normas que estabelecem deveres sociais no âmbito da atividade econômica são introduzidos na constituição, a constitucionalização do direito civil constitui tema obrigatório da pauta da civilística contemporânea, entendendo-se como tal o fenômeno moderno pelo qual os princípios reitores do direito civil são elevados ao plano constitucional, a partir do qual, infundidos sistematicamente como que por uma linfa constitucional, passam a iluminar a constituição e a prática de todas as relações jurídicas entre os particulares. Abrem-se os vasos comunicantes entre o direito civil e o direito constitucional.

2. Identifica-se como virtude dessa unidade hermenêutica, ou dessa interdisciplinaridade, a possibilidade de vocacionar o direito civil a redimir-se da sua individualidade exacerbada, do seu egoísmo sistêmico, da sua lógica patrimonialista, que caracterizaram a sua existência sobretudo a partir das codificações oitocentistas, para resgatar a pessoa humana na sua dignidade, na sua centralidade existencial e, a par disso, os valores coletivos, mormente em derredor dos institutos básicos da propriedade, do contrato e da família. A norma constitucional, de um ponto de vista funcional, torna-se uma razão primária e justificadora das relações pessoais e socioeconômicas.

3. A análise intrínseca desse diálogo de fontes, inexistente na época áurea das codificações, não prescinde da perspectiva histórica das linhas fundamentais de desenvolvimento do direito constitucional e do direito privado, especialmente do direito civil, sob cuja luz aparecem, nos dois domínios jurídicos, os princípios da liberdade e da igualdade do cidadão: nas primeiras constituições modernas, no século XIX, os direitos fundamentais têm como ponto de partida a liberdade e a igualdade do cidadão, época que também é a do desenvolvimento do direito privado, especialmente o das codificações, que tem suporte, igualmente, nos princípios da igualdade e da liberdade.

4. Mas as coincidências, diferentemente do que poderiam sugerir, não traduzem de início uma relação estrita e necessária entre o direito constitucional e o direito privado, em duas direções de claro relevo, assumindo o direito constitucional, por um lado, uma função

pioneira, de guia da nova configuração do direito privado e, por outro lado, uma função de salvaguarda existencial do direito privado em face das investidas revogatórias ou derogatórias do legislador, especialmente nos pontos fundacionais da propriedade e do contrato.

5. A concordância de conteúdos não indicava uma relação de vinculação ou de interdisciplinaridade. Ainda que ingressasse, nos seus princípios fundamentais, nos espaços da constituição, o direito privado seguiu o seu próprio caminho, diverso do caminho da constituição. As constituições ainda não tinham força vinculante para modificar o direito privado, tampouco a função protetora antirrevogatória dos seus institutos. A ninguém, aliás, sequer ocorria a atitude mental de questionar o direito privado e seus pedestais fundamentais.

6. Punha-se o direito privado liberal como o baluarte da liberdade burguesa, na ideia de que tem por vocação regular as relações entre os particulares de um ponto de vista da liberdade individual, à margem das relações políticas e das cartas constitucionais. A liberdade burguesa não era uma liberdade política, senão uma liberdade dos particulares para dispor de um espaço próprio sem intromissões do Estado.

7. A Constituição típica do constitucionalismo do século XIX ressentia-se da falta de vínculos materiais com o direito privado, e a eficácia jurídica dos direitos fundamentais ficava circunscrita à delimitação do âmbito material da reserva da lei, contexto no qual o direito privado mui naturalmente tinha primazia material em face da Constituição, que paradoxalmente assumia uma importância secundária. As relações entre os particulares, do âmbito da autonomia privada, regiam-se precipuamente pelos direitos subjetivos, cujo conteúdo não derivava materialmente da constituição e nem se modelava pelos seus princípios.

8. A historicidade da análise, por outro ângulo, mostra que, no sistema jusnaturalista e racionalista, recebido pelas codificações oitocentistas, o direito privado continha de modo total e exclusivo o estatuto dos particulares, que a prioridade que os jusnaturalistas imputavam ao direito privado tinha o significado precípua, hoje constitucional, da inclusão, na sua órbita, do universo das normas postas em prol do indivíduo em face do príncipe, e que o direito privado, enquanto direito da esfera de ação do indivíduo, oponível ao Estado,

constituía a expressão de um sistema que privilegiava a atividade livre do indivíduo no âmbito da vida econômica, como uma garantia idônea para a sua proteção.

9. Esse complexo processo cultural e histórico, informado, entre outros paradigmas e valores, pelo iluminismo e pelo jusnaturalismo racionalista, conduziu às codificações jusracionalistas, marcos essenciais de certeza, de previsibilidade e, conseqüentemente, de segurança na razão jurídica moderna. Os códigos civis, apanágio da afirmação do indivíduo perante o Estado, sem corpos intermediários, eram verdadeiras constituições, e assumiam uma posição de centralidade do sistema, no qual o direito constitucional tinha uma importância secundária junto ao direito constitutivo da sociedade burguesa, o qual exibia primazia material em face da constituição.

10. Enquanto o direito constitucional não alcançara um nível mais alto do que o direito das leis ordinárias — faltando, portanto, uma jurisdição constitucional —, a constituição não poderia alcançar transcendência para a prática da vida jurídica. Dessa forma, o termo final do modelo de incomunicabilidade entre a constituição, de paradigma burguês, desinteressada das questões sociais, e o código civil, repositório das normas editadas pelo Estado para os particulares, expressa em essência uma mudança de tarefas e de funções entre os dois setores jurídicos: nada obstante mantida a função material do direito privado, de reger a disciplina básica dos fatos jurídicos respeitantes à vida privada dos indivíduos, ela terminou por ser conduzida, num processo de acomodação interna, a uma relação recíproca de complementaridade, da qual constitui momento decisivo a migração para o direito constitucional daquele conteúdo “constitucional” do direito civil oitocentista.

11. Opera no mesmo cenário, ainda que sem relação direta e constante com ele, sobretudo no modelo do Estado social do pós-Segunda Guerra, uma crescente exaustão dos paradigmas clássicos do direito privado, fenômeno que a doutrina civilista mais recente tem tratado como um movimento de rebeldia à ideologia da codificação, pelo qual a ruptura da unidade interna do direito civil, com a perda, pelo Código Civil, da força tradicional de polo do sistema, cuja primazia desloca-se da legislação para o corpo da Constituição, é considerada o momento mais expressivo. Mas, a despeito da tendência irreversível à elevação dos princípios fundamentais do direito civil à estatura constitucional e posto que se imponha, em face do diálogo de fontes, um novo *design* exegético do direito civil à luz da Constituição, ele não elimina necessariamente o *locus* material da codificação civilística

— a regência da disciplina básica dos fatos jurídicos da vida privada dos indivíduos —, que decididamente não é nem nunca foi o da constituição.

12. O fenômeno do direito civil-constitucional, ou da constitucionalização do direito civil, não se resume a uma previsão constitucional tópica de alguns institutos do direito privado — propriedade, contrato, livre iniciativa, direito hereditário, família —, segundo o figurino das constituições liberais; a uma questão apenas linguística e formal, de natureza terminológica; a um fenômeno quiçá passageiro, cujo fôlego histórico não projetaria um horizonte muito distante, estando fadado a não sobreviver ao desmoronamento do Estado social; ou a uma simples diretriz hermenêutica, sabido que toda interpretação que se pretenda sistemática não pode abdicar, também, do matiz constitucional e que, em face da supremacia da Constituição, todo direito deve ser constitucional sob pena de ser nulo ou inexistente. Significa, sim, que, em face da interdisciplinaridade civil-constitucional, as normas do direito civil, quando isso se fizer necessário — quando, *v.g.*, num caso específico, um fator de diferenciação de um dos atores, mesmo fruto de uma contratação, atente contra um direito fundamental do outro —, devem ser relidas e, conseqüentemente, interpretadas também e principalmente com base nos princípios que regem os direitos fundamentais; não como se fizessem parte de um mundo isolado, corolário natural da separação da sociedade e do Estado, própria da concepção do Estado liberal.

13. No ângulo das transformações históricas internas do direito privado, o direito civil-constitucional pode ser visto, de certa forma, como uma resultante da migração do aspecto “constitucional” do direito privado oitocentista, que funcionava como um estatuto do cidadão em face da atividade do Estado e que por inércia continuava nos códigos modernos, para o mais público dos direitos, o direito constitucional, e que veio a ser confirmado nas constituições dos Estados modernos, a partir da Constituição de Weimar, não se tratando, portanto, de “publicização” do direito privado, ou da sua “socialização”, e sim de uma alteração natural do seu território. O direito privado, a essa luz, é que, pelo progressivo ofuscamento do seu significado individualista, abandonou o seu conteúdo “constitucional”, dele se apropriando o direito constitucional.

14. Entre as várias opções denominatórias de fenômeno — constitucionalização do direito civil, civilização do direito constitucional, direito civil-constitucional, direito constitucional-civil, direito privado constitucional, direito constitucional da pessoa e direito

civil constitucionalizado —, é preferível a expressão trimembre direito civil-constitucional, na qual o termo “constitucional”, no seu final, qualifica diretamente o vocábulo “civil”, seu antecedente imediato, enquanto o adjetivo “civil” efetivamente qualifica o substantivo “direito”, do que se segue que “direito civil-constitucional” não será senão uma expressão similar a direito civil contido na constituição: enquanto direito, ele é civil, ainda que, no aspecto formal, venha contido heterotopicamente no texto constitucional.

15. No plano da eficácia da ordem constitucional dos direitos fundamentais em face da ordem jurídica privada, pela qual se procura saber se uma lesão da esfera jurídica de uma pessoa, em matéria de direitos fundamentais, perpetrada por outro particular, pode e em que medida ser apreciada segundo os padrões normativos dos direitos fundamentais que a constituição estabelece à vista de agressões perpetradas pelo Estado e pelos seus órgãos, o modelo monista, na premissa de que os direitos fundamentais constituem uma ordem objetiva de valores, valendo para toda a ordem jurídica, propugna a sua eficácia direta no direito privado, seja em decorrência da sua característica de direito constitucional objetivo e vinculante, seja pelo fato de que a dignidade da pessoa humana, ponto de partida, não tem como referência apenas o indivíduo isolado, senão também o livre desenvolvimento da personalidade dos cidadãos integrados de forma solidária na sociedade.

16. Pelo modelo dualista, a incidência se dá por intermédio da regulação legislativa do direito privado. A produção de efeitos em relação a terceiros dar-se-ia sempre que possível por intermédio do material normativo do próprio direito privado. Sendo os direitos fundamentais originariamente direitos de defesa da liberdade contra o poder do Estado, não se justificaria a vinculação direta dos particulares, o que equivaleria a transformar os direitos em deveres, invertendo o seu sentido. É que os direitos fundamentais não constituem somente garantias do indivíduo contra o Estado, senão também uma ordem objetiva de valores que se infiltram no direito privado por intermédio, sobretudo, das cláusulas gerais. O Estado efetivamente tem o dever de proteger os direitos fundamentais contra os ataques provindos das entidades privadas, mas deve fazê-lo através do direito privado.

17. No Brasil, onde a Constituição afirma que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata, firma-se à primeira vista a ideia de que os seus destinatários são o Estado e os sujeitos das relações privadas, mas o fato é que aplicação

imediate não equivale necessariamente a eficácia real, senão a uma potencialidade de produção de efeitos, que de resto não especifica se ela ocorre em todos os tipos de relação ou se todas elas se submetem aos efeitos dos direitos fundamentais. O que o preceito afirma, no limite, é que todos os direitos fundamentais devem produzir efeitos.

18. O Supremo Tribunal Federal não tem ocupado a sua pauta, pelo menos de forma explícita, com a questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Nos casos que tem examinado, a despeito das afirmações candentes sobre a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, não deixou expressa a Corte, pelo desenvolvimento de uma doutrina, a opção por um dos modelos acima referidos, conquanto pareça ter incidido o modelo imediato.

4.3.3 Função Social da Propriedade

1. Por fatores e circunstâncias os mais diversos na trajetória da sua dialética, despertou a consciência social do homem civilizado, em face do imenso referencial de poder social contido na propriedade, para a necessidade de “domesticar” a individualidade do exercício do direito de propriedade moderna, não só com base no recorte clássico da propriedade fundiária como também e sobretudo na perspectiva da sua utilização como meio de produção, no exercício da atividade econômica, mola sobre a qual se sustenta a abóbada da economia mundial. Tomou-se consciência de que o poder sobre os bens engendra um poder sobre as pessoas e que, ao impor a sua vontade sobre as pessoas, o titular jurídico do bem, no exercício do poder proprietário, acaba por converter a autonomia em heteronomia da vontade.

2. Firmada a premissa, surge a necessidade de criar técnicas jurídicas de contenção, de desenvolver mecanismos jurídicos destinados à superação das situações de dominação oriundas do livre exercício do direito de propriedade, entre elas, a partir de longa perspectiva histórica, a função social da propriedade, cujo primeiro debate consistiu em saber o que se deve entender por função, sobretudo em sentido jurídico, noção considerada por uns muito nebulosa e demasiadamente calcada no conceito dos publicistas e por outros vaga e ambígua, na medida em implicaria que a propriedade deixasse de ser um direito subjetivo.

3. A despeito da imprecisão da expressão *função social* e sobretudo da dificuldade de convertê-la, conceito essencialmente sociológico que é, num conceito jurídico, o seu uso, mesmo sem univocidade, se tornou corrente no direito, ingressando preferencialmente nas Constituições modernas, ainda que a sua expressiva carga psicológica haja sido recebida sem precauções pelos juristas, para expressar a compreensão de que a propriedade, em si mesma, traz obrigações ao seu titular, enquadrando-se na categoria dos poderes que se fazem acompanhar de direitos, para atender a interesses não proprietários alheios à relação sujeito-coisa.

4. A ideia de função social, fora das previsões legais mais específicas, ainda que se ressinta de uma construção mais elaborada, raiando pela incerteza e pela ambiguidade, é claramente tributária da tradicional doutrina católica pela qual a propriedade, ao lado do elemento individual, tem um elemento social, na perspectiva de que a dimensão econômica, a sua face mais marcante na cultura ocidental liberal e individualista, não se sobreponha a outras dimensões da vida humana. Considera-se o conteúdo econômico do princípio social, o momento coletivo da propriedade, não tanto na perspectiva de resultados concretos que, em dado momento, possam parecer mais vantajosos à coletividade, num plano imediato, senão e precipuamente na perspectiva de que tais resultados se façam acompanhar de relações sociais mais justas.

5. Não procede a afirmação de que haveria uma contradição dogmática entre a noção de direito subjetivo e a de função, que, como titularidade passiva, implica ônus e obrigações, como se a propriedade, obrigando, fosse mais um serviço e menos um direito. A ideia de propriedade como poder, manifestação da liberdade, aprendeu a conviver com a ideia de função social. A ideia de poder da pessoa sobre a coisa, ínsita à noção de direito subjetivo, não opera como uma manifestação ilimitada da liberdade. A evolução da faculdade para o ato, em concreto, concebido o direito subjetivo como faculdade, ocorre precisamente dentro dos limites da autorização, até mesmo estabelecendo obrigações e ônus.

6. Não são incompatíveis ou inconciliáveis as noções de função social e de direito subjetivo, nem a noção de função social substitui a noção de direito subjetivo. Nem as limitações tradicionais nem os ônus da função social, como uma hipoteca social, suprimem da propriedade particular a característica de direito individual. O momento decisivo da

concepção clássica de propriedade, o poder de disposição sobre o bem ou a titularidade patrimonial, continua ileso na sua estatura constitucional.

7. A função social da propriedade, que alcança sobretudo os bens de produção, que são postos em dinamismo no sistema capitalista, em regime de empresa, não se identifica com as restrições ao uso e gozo dos bens, como limites negativos aos direitos do proprietário, senão com o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo de interesse social, e não exclusivamente ao interesse pessoal do titular do domínio. Nas situações jurídicas de conteúdo econômico, a função social manifesta-se como redução do conteúdo da propriedade, com a supressão de determinadas faculdades; como imposição de condições para o exercício das faculdades que lhe são atribuídas; e como a obrigação de exercitar determinadas faculdades sobre a base de uma livre apreciação ou de acordo com modalidades marcadas, sem as quais falta legitimação à titularidade.

8. A afirmação jurídica do conceito de função social da propriedade, relativamente recente, incorpora ideia de origem e formulação antigas, que remonta — admitidas algumas referências gregas — ao jusnaturalismo cristão, que constitui a cumeira da doutrina jurídico-político-social do catolicismo ao longo da história moderna, tornada célebre pelas encíclicas *Rerum Novarum*, de Leão XIII, tematizando a questão operária e a dignidade do trabalho, que alude à propriedade particular e pessoal como um direito natural do homem, que tem no trabalho do homem sua força criadora e o seu título aquisitivo, e *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, ao enfatizar que os princípios da sociologia católica entraram aos poucos no patrimônio cultural de toda a sociedade humana e reafirmar que a natureza ou o próprio Criador deram ao homem o direito do domínio particular, não só para que ele possa prover as necessidades próprias e da família mas para que sirvam verdadeiramente ao seu fim os bens destinados pelo Criador a toda família humana.

9. Segundo o pensamento cristão acerca da propriedade, cujo embrião costuma ser apontado na especulação tomista sobre o bem comum, a propriedade não é uma função social a serviço do Estado, precisamente porque tem assento num direito pessoal que ao Estado incumbe respeitar. Mas tem ela uma função social, subordinada que está ao bem comum como um direito que implica obrigações sociais. A propriedade não “é” uma função social, mas “tem” uma função social, atributo que indica a sua posição no sistema de

direitos e aparece como um temperamento das suas faculdades, mas não lhe determina nenhuma peculiaridade estrutural.

10. Apropriado e reformulado, o discurso expandiu-se para os territórios laicos do pensamento social e jurídico do mundo moderno, para impor deveres sociais à propriedade e para conceber que esta não deveria servir apenas ao interesse egoístico do proprietário, mas que deveria ser ordenada no interesse de todos, com o que se lançava a semente da função social da propriedade, princípio geral que recebe impulso com a reflexão sobre problemas ligados ao desenvolvimento social, durante o primeiro pós-guerra, paralelamente à noção de bem-estar social, desenvolvida pela ciência econômica, que se afigura de certo modo análoga ao conceito de função social, que já não se modela exclusivamente em motivações de ordem moral, ideológica ou política, porém adquire autonomia científica e aptidão para operar e abrir caminho no âmago do direito subjetivo, restringindo o poder absoluto do proprietário, o que ocorre, de resto, pela influência de fatores outros como as doutrinas anti-individualistas e a jurisprudência sobre o princípio do abuso de direito, pela qual, sendo os direitos privados faculdades conferidas pela ordem jurídica em vista de determinados fins, abusivo será o seu exercício quando se desviem da finalidade para a qual foram instituídos.

11. Imputa-se historicamente a Augusto Comte, na ideia de que a propriedade se destina a formar e administrar os capitais pelos quais cada geração prepara os trabalhos da subsequente, a formulação das bases conceituais sobre as quais se ergue o princípio da função social da propriedade, em contraste com a teoria clássica da propriedade como um direito natural e individual, ideia que foi reelaborada por Léon Duguit, a quem se atribui a sistematização da teoria (função social da propriedade) e que não se desenvolve sem o concurso da ideia célebre de solidariedade social de Émile Durkheim, no propósito de dar base teórica à negação da existência do direito subjetivo, segundo o figurino individualista do iluminismo.

12. A recepção jurídica da função social da propriedade compõe com certa centralidade o cenário político do Estado social, tendo em conta que a promessa constitucional dos direitos sociais econômicos e culturais, passo a passo com as liberdades e garantias individuais, assume uma ressonância política praticamente universal, passando a figurar nos documentos constitucionais do século XX, em face dos quais o bem-estar das pessoas

passou a ser o objetivo mais prestigioso da gestão do poder e pelo que se exige do Estado medidas de planejamento econômico e social, numa intervenção directa e dirigente da economia, um sistema completo de prestações nas várias áreas da vida social.

13. No mundo jurídico, a abertura do debate propriamente dito sobre a função social da propriedade foi inaugurado pela Constituição da República Federal da Alemanha de 11 de agosto de 1919, a qual, dando expressão a uma ideia vigente no mundo social mas ainda informe juridicamente, preceituou, em terminologia pioneira e em sentença concisa e marcante, que a propriedade obriga e deve ser exercida para servir ao bem comum, no prenúncio da tomada de consciência de um novo estado de espírito social sob cujos auspícios os direitos fundamentais de segunda geração dominaram todas as constituições do segundo pós-guerra.

14. A tese iconoclasta — de que a propriedade traz obrigações ao seu titular, enquadrando-se na categoria dos poderes que se fazem acompanhar de direitos —, brandida pela Constituição alemã, teve grande ressonância do mundo civilizado e passou a influenciar as constituições dos demais países, o que é favorecido pela circunstância do ambiente político-ideológico no qual foi elaborada, no qual a ideia de valor estava muito presente na consciência da humanidade, ainda não refeita do impacto das experiências traumáticas da Primeira Guerra, se bem que, no rigor dos termos, a Constituição de Weimar não tenha sido propriamente pioneira na matéria: a Carta mexicana de 5 de fevereiro de 1917, sem a acústica que a ideia teve na Europa em 1919, ao cuidar da propriedade das terras, ainda no curso da Primeira Guerra, já fizera refletir a tomada de consciência para os direitos sociais e econômicos, na tendência de vincular a propriedade aos valores sociais inscritos nas constituições.

15. Mais que isso, a consciência dos direitos sociais, refletida na legislação, com sacrifício, de certo modo, da propriedade privada de paradigma individual-absoluto, já registra antecedentes históricos mais distantes na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição de 1793, na qual os franceses, persuadidos de que a negligência e o descuido para com os direitos humanos constituíam as únicas causas das desgraças do mundo, proclamaram, numa declaração solene, para que os cidadãos pudessem fazer o contraste como os atos do governo, que esses direitos eram sagrados e inalienáveis; que o direito de propriedade pertence a todo cidadão, para a fruição e disposição, como ele bem

entender, de seus bens, de suas rendas, do fruto do seu trabalho e de sua indústria; e que a sociedade deve sustentar os cidadãos desafortunados, dando-lhes trabalho, ou assegurando os meios de subsistência aos que não estejam em condições de trabalhar.

16. O preceito da Constituição de Weimar de que a propriedade obriga, quebrando a clássica neutralidade das constituições liberais, que não tem por endereço somente a tradicional propriedade fundiária, de bens de raiz, senão também a moderna propriedade empresarial e industrial, e mesmo a propriedade dos bens de consumo, naquilo que exceda a essa finalidade, passou a ser uma diretiva interpretativa para adequar as decisões aos novos tempos, implicando para todo titular de direito subjetivo uma dupla obrigação: o dever de exercer o direito, se for de interesse público que ele seja exercido e não fique paralisado; e o dever de exercer o direito de uma forma que satisfaça ao aludido interesse público. A expressão, em suma, é sinônima de “o patrimônio obriga”.

17. A partir da era Weimar, os valores da justiça social passaram a dominar o panorama constitucional do século e a figurar o bem-estar da pessoa humana como a meta auspiciosa da gestão do poder, cenário no qual se inseriu o constituinte brasileiro de 1988, ao abrir espaço constitucional a essa tendência, para limitar os aspectos exclusivista e individualista que caracterizavam o direito de propriedade nas duas fases históricas precedentes do Estado moderno e conferir-lhe um sentido muito preciso na linha da realização da justiça social. Sobre garantir o direito de propriedade, unindo-o com o sinete da inviolabilidade, e depois de garantir que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, estabeleceu que a propriedade atenderá a sua função social, advertência que, coerentemente, volta a ser feita ao tratar da ordem econômica e financeira, na qual opera a empresa, a forma mais moderna da propriedade.

18. Mas a história constitucional da função social da propriedade é bem mais antiga, a iniciar-se pela Constituição de 1934, que, ao inaugurar o Estado social no Brasil, já preconizava que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma da lei, no que se vê, ainda informe, a ideia embrionária de função social da propriedade. A Carta de 1946, editada sob os ventos da redemocratização e da política assistencialista brasileira dos anos 30, não fez referência nominal à função social da propriedade, mas condicionou o uso da propriedade ao bem-estar social, expressão análoga, em certo sentido, ao conceito jurídico de função social. A Carta de 1967 é que traz o

princípio da função social da propriedade de forma expressa e incisiva, ao estipular que a ordem econômica, tendo por fim realizar a justiça social, pauta-se na função social da propriedade, entre outros princípios. A diretriz é mantida pela EC 1/1969.

19. A novel disposição da Carta de 1967 não operou em terreno virgem. O Estatuto da Terra, editado pela a Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964, a primeira legislação no cenário latino-americano a estabelecer os requisitos da função social da propriedade, já afirmara ser assegurado a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, e prescrevera, para a satisfação desse objetivo, como condições objetivas no uso da propriedade da terra, a propiciação do bem-estar das pessoas que nela labutam, a manutenção de níveis satisfatórios de produtividade, a segurança de manutenção dos recursos naturais e a observância das disposições legais que regulam as justas relações de trabalho, dispondo, na sequência, que constitui dever do poder público zelar para que a propriedade da terra desempenhe sua função social, promovendo, como meta de política fundiária rústica, a gradativa extinção das formas de ocupação e exploração que contrariem sua função social.

20. Ao estabelecer, de forma indeterminada e sem especificação, no título dos direitos e garantias fundamentais, que a propriedade atenderá a sua função social, a Constituição estabelece uma cláusula geral constitucional, de textura aberta, de imposição de deveres positivos ao proprietário, que tem o poder-dever de exercer a propriedade de forma voltada para os fins sociais, fora do circuito da relação sujeito-coisa. Antes de propiciar uma solução plena e completa aos problemas observados, o texto constitucional, com a técnica da cláusula geral, deixa propositadamente um espaço interpretativo para a participação da doutrina e da jurisprudência.

21. O raio objetivo de incidência da função social enquanto cláusula geral alcança todas as variedades de titularidades patrimoniais previstas nos planos constitucional e infraconstitucional, materiais ou imateriais, direitos reais ou direitos pessoais, que possam ser convertidas ao denominador comum moeda, não se limitando à figura clássica da propriedade de bens de raiz, embora o primeiro referencial que aporta à cena, mercê da tradição do pensamento jurídico, tributário da propriedade direito real, seja o da propriedade imobiliária. Trata-se do direito de propriedade em sentido amplo, vínculo

jurídico existente entre o homem e os bens, que lhe permite uma série de condutas, tuteladas pela lei, em face do objeto e de terceiros.

22. Mas o destaque funcional recai especialmente sobre a propriedade dos bens de produção, que formam o capital produtivo, integrados das mais variadas titularidades patrimoniais (v.g., imóveis, móveis, dinheiro, crédito, valores mobiliários, investimentos, domínio de tecnologia, segredos tecnológicos, sistemas organizacionais) e que não têm somente uma função individual ligada à satisfação direta de uma necessidade humana, na perspectiva da proteção e da subsistência do indivíduo e de sua família, servindo, diferentemente, à produção de outros bens, no que mostram o lado dinâmico da propriedade e no qual em essência se realiza a função social da propriedade. Os bens de consumo, cujo ciclo de propriedade se exaure na sua fruição, com a destruição física no primeiro uso, tal como os bens de uso, não estão regidos em princípio pela função social da propriedade, salvo quando o uso ultrapasse os limites da razoabilidade, o que de resto pode ser equacionado pelo mecanismo do abuso de direito.

23. Quando o sistema capitalista, a partir do Estado moderno, superou a importância econômica da clássica dicotomia dos bens móveis e imóveis e passou a ser impulsionado sobretudo pela riqueza mobiliária, que serviu de base ao sistema de crédito, tornou-se social e politicamente crucial a importância da distinção jurídica entre os bens de produção e bens de consumo, tendo-se presente que a vida social passou a ser orientada precipuamente para a atividade de produção e distribuição de bens ou a prestação de serviços em massa, do que se segue que a função social da propriedade seja aferida menos pela natureza (estrutura interna) dos bens que lhes servem de objeto, em si mesma, como seria usual no rigor dos termos — a propriedade, na dicção da Constituição, atenderá a sua função social —, e mais pela destinação que lhes dê o proprietário, optando pela inserção num processo de produção de bens.

24. Na moldura da função social da propriedade como cláusula geral constitucional, em duas situações específicas o constituinte reveste a hipótese de um conteúdo objetivo mínimo que se expande em requisitos que compõem o perfil de uma função social positiva ou impulsiva, que impele a comportamentos comissivos em perspectiva de aproveitamento, e o perfil de uma função social negativa, que pune, da parte do proprietário, os comportamentos proprietários eventualmente abusivos e detrimntosos dos fins sociais: são

as situações da propriedade rural e da propriedade urbana, imantadas que são pelos ditames da função social ainda quando não inseridas em processo de produção de bens para o mercado.

25. A propriedade rural cumpre a sua função social quando atende, simultaneamente, conforme critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, os requisitos do aproveitamento racional e adequado, da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e da preservação do meio ambiente, da observância das disposições que regulam as relações de trabalho e da exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários, requisitos que, está à vista, constituem em essência uma incorporação, mais de duas décadas depois, sem testemunhos de eficácia, do que já dissera o Estatuto da Terra, e elevam a função social da propriedade rural, de certo modo, pelo refinamento das exigências, a um certo nível de ideal a alcançar.

26. O consenso é que o proprietário rural tardinheiro no cumprimento da função social positiva pode ser punido com a desapropriação, mas o que a desapropriação-sanção opera em um imóvel que não esteja cumprindo a sua função social é uma restrição objetiva ao exercício da propriedade pelo padrão fundiário, para que o bem, em novas mãos — e sem perder a condição de ativo patrimonial —, tenha uma destinação mais útil à comunidade. A propriedade imobiliária deixa de cumprir a sua função social, mas o proprietário não é despojado da sua respectiva inviolabilidade constitucional, que é religiosamente respeitada com o pagamento da justa indenização.

27. A propriedade do desapropriado não desaparece nem perde a sua inviolabilidade, dando-se somente uma conversão objetiva, transmudando-se de propriedade fundiária para a propriedade dos créditos recebidos como indenização, não raro até mesmo superiores ao valor do imóvel, com o que a sanção, paradoxalmente, pode ser premial. A essência do direito de propriedade resulta de certo modo até mais fortalecida com o recebimento da indenização, pois a conversão do imóvel em dinheiro, pelo valor real — os títulos da dívida agrária são resgatados com atualização monetária —, dá liquidez plena à titularidade patrimonial, conferindo eficácia imediata às potencialidades proprietárias.

28. Isso não equivale a que a desapropriação agrária, como punição ao proprietário omissivo no cumprimento da função social, seja uma inutilidade. Ela constitui instrumento efetivo de uma política de redistribuição de terras, seja quanto aos imóveis rurais aptos à

exploração agrícola, seja quanto aos imóveis urbanos adequados à edificação de moradias, um dos grandes problemas sociais da atualidade. Conquanto mantida a inviolabilidade da propriedade em relação ao antigo proprietário, ela recebe uma destinação social em princípio — nem sempre a inserção das terras rurais nos programas de reforma agrária segue padrões de excelência produtiva — compatível com a Constituição.

29. A função social da propriedade urbana, pautada por critérios objetivos de avaliação, implica deveres aos proprietários, na linha funcionalizada de que o patrimônio obriga, mas depende fundamentalmente da atuação compartilhada do poder público, e resta cumprida quando a propriedade atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, parte integrante do planejamento municipal e instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, instituído por lei municipal, que deve englobar o território do Município. O plano diretor, fator objetivo eleito pela Constituição para a aferição da função social da propriedade urbana, não é obrigatório para cidades com população de até vinte mil habitantes, mas isso não equivale a que a propriedade imobiliária urbana das cidades sem plano diretor não esteja adstrita à sua função social, desde que reconduzida à sua primeira expressão na Constituição, no nível de cláusula geral constitucional de que a propriedade é daqueles direitos que implicam, *ipso facto*, deveres.

30. Diferentemente do que se dá com os contratos, o Código Civil, no título da propriedade, não alude nominalmente à sua função social. Mas, quando isso não fosse despidendo em face do efeito irradiante do comando constitucional de que a propriedade atenderá a sua função social, dúvida não restaria de que o codificador, fidelíssimo às opções constitucionais, estruturou o exercício do direito de propriedade em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, tornando defesos, em relação à propriedade rural e urbana, todos e quaisquer atos que não tragam ao proprietário nenhuma comodidade ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

31. De toda forma, a última dúvida cessaria em face de preceito expresso, do livro das disposições finais e transitórias, de que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os que estabelece o Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. A função social, por conseguinte, é uma cláusula geral pela qual o exercício do direito de propriedade se submete a padrões socioeconômicos.

Não mais se trata de um puro direito subjetivo de recorte liberal, como interesse juridicamente protegido, senão de um direito funcionalizado, no qual se incrustam deveres.

4.4 A Ideologia da Segunda Codificação Civil (2002). A Inversão do Paradigma Patrimonialista

1. Na codificação revogada, o individualismo jurídico, que comandava o pensamento dominante, não permitiu a assimilação de nenhum avanço na legislação social, tudo restando para os soberanos domínios da liberdade contratual. Disso resultou um modelo individualista, absoluto e liberal de propriedade, no qual avulta o paradigma patrimonialista, em cuja raiz está a ideia de que a propriedade constitui um valor necessário à realização da pessoa. A possibilidade de adquirir bens é considerada como um decisivo componente da liberdade individual. Todo o direito civil é pensado a partir da propriedade, numa lógica proprietária. O foco é deslocado da pessoa para o objeto da relação jurídica, prevalecendo o patrimônio como valor a ser tutelado pela lei. A pessoa humana, sujeito da titularidade, fica escondida nas dobras da dimensão econômica e é considerada em perspectiva apenas operacional. O homem é visto e avaliado socialmente através do patrimônio.

2. Esse paradigma muda fundamentalmente com o Código Civil de 2002. Perde densidade, na nova codificação, a antiga herança jusracionalista de submeter a sociedade à regência das leis naturais, à semelhança da imutabilidade das formulações matemáticas. Já não é decisiva a concepção da pandectística de conferir aos problemas históricos da vida negocial uma estrutura rigorosamente jurídica, solucionando as questões sociais somente à luz das rigorosas categorias jurídicas. Ganha dianteira a percepção do direito em constante vinculação com valores sociais e éticos. A individualidade concreta do homem, com suas circunstâncias, não é confiada somente à subjetividade jurídica abstrata, tampouco à lógica monetária do seu patrimônio ou dos valores do produto do seu trabalho. Opera-se uma inversão do paradigma patrimonialista, conferindo-se destaque aos valores existenciais. As situações jurídicas existenciais passam a ser o norte na avaliação concreta das relações patrimoniais.

3. Foi decisiva nessa mudança de paradigma a tábua axiológica da Constituição de 1988, promulgada quase doze anos antes e que elevou ao nível constitucional os princípios fundamentais do direito civil, sem falar que, estando entre os pilares republicanos fundamentais a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, seria inevitável que o social não fosse um dos nortes da nova codificação. Vivem-se os auspícios da economia monetária, do mundo capitalista de livre iniciativa, que legitima o empreendedorismo e as regras de mercado, nos quais avulta em importância a propriedade dos bens de produção, mas a vontade da Constituição, refletida no Código Civil, é que os valores da pessoa humana estejam sempre no prosicênio, devendo predominar o horizonte do social e a perspectiva da coletividade sobre o meramente individual.

4. Essa é apenas a etapa derradeira de uma travessia iniciada com a codificação revogada. Os quase noventa anos entre os dois momentos históricos são povoados por complexas e diferentes circunstâncias históricas, econômicas, sociais, políticas e ideológicas, mundiais e locais, ao cabo das quais se chegou a uma nova configuração paradigmática, com o compartilhamento de toda uma nova constelação de crenças, valores e técnicas, fundamentalmente diversas e até mesmo opostas aos valores do individualismo liberal. Entre os dois momentos, duas guerras mundiais se sucederam, com todas as suas profundas consequências sociais, políticas e ideológicas.

5. A industrialização e o progresso tecnológico trouxeram a evolução e a mobilidade social à sociedade brasileira, em todos os termos. As profundas alterações operadas no tecido social, no plano dos fatos e das ideias, mui especialmente na perspectiva da nova dimensão dos valores da solidariedade social, abriram novos horizontes ao sistema jurídico. Restaram superados os pressupostos individualistas que estiveram na base da elaboração da codificação de 1916, que já não respondiam suficientemente às aspirações do mundo contemporâneo, nos domínios do exercício da propriedade, da atividade empresarial e, de modo geral, nos setores da vida privada. A garantia da liberdade individual deixa de ser o primeiro e único valor da comunidade. A regra formal da liberdade não é suficiente para garantir a felicidade dos indivíduos e a prosperidade das nações, funcionando, ao contrário, como um fator de agravamento de conflitos.

6. E assim se mostra a face antropocêntrica do novo direito civil, pela qual o sistema volta-se para a pessoa, para deixar em plano secundário o conceitualismo e a lógica patrimonialista, constituindo uma demonstração dessa centralidade da pessoa no sistema a novidade da inserção dos direitos da personalidade no bojo da codificação, e logo no átrio da parte geral, de modo a evidenciar, de um lado, uma transcendência do conceito de direito subjetivo e, de outro, que avulta não mais o sujeito de direito como titular de regras, senão a pessoa humana.

7. Um dos pontos luminosos da engenharia da codificação é a técnica da cláusula aberta ou cláusula geral, pela qual o sistema recebe a oxigenação constante da dinâmica da realidade social, com o que se busca, outrossim, reverenciar um dos princípios básicos que orientaram a confecção da lei, o da eticidade, expresso no dever-ser que informa a circunstância social na qual se insere a pessoa. Com a cláusula geral, em vez de dar-se uma solução plena e completa aos problemas observados, permite-se, na busca da sintonia social da lei, nem sempre apreendida pela visão limitada da época histórica do legislador, a criação de modelos jurídicos hermenêuticos compartilhados com os demais atores da cena jurídica, como os advogados e os juízes, na busca de uma contínua e desejada atualização dos modelos legais.

8. Outra característica marcante do espírito da nova codificação, no consenso dos civilistas, é o princípio da socialidade, que privilegia, na engenharia da lei e das relações jurídicas interprivadas, a ideia de circunstância social em que se situa a pessoa humana, em contraste com o sentido individualista que caracterizava as codificações jusracionalistas, devendo prevalecer, à luz do princípio da socialidade, os valores coletivos sobre os individuais, sem que isso signifique a projeção do homem em metas coletivistas de matiz socialista. A efetivação do princípio da socialidade não deve perder de vista o valor fundante da pessoa humana.

9. Na égide do comprometimento axiológico da nova codificação, a propriedade em geral, o direito subjetivo por excelência, passa a ser funcionalizada, reduzida na amplitude dos poderes do titular privado, submetendo-se, como o direito privado em geral, ao paradigma da despatrimonialização em razão da prioridade que a Constituição confere à pessoa humana, à sua dignidade, à sua personalidade e ao seu livre desenvolvimento. A

cláusula geral de tutela da pessoa humana privilegia os valores existenciais quando eles estiverem, e sempre que estiverem, em confronto com os valores patrimoniais.

10. Mas um alerta se impõe. O Código Civil não é a lei global das relações entre particulares, mas continua a ser a lei básica das atividades da autonomia privada, não perdendo a sua condição de eixo do direito privado naquilo que não rivalize ou não seja tratado pela Constituição, que não é o *locus* da relação interprivada. O conteúdo patrimonial no sistema jurídico civilístico e, num plano mais abrangente, na realidade econômico-social organizada, não pode ser eliminado.

4.5 A Constituição e os Direitos Econômico-Sociais – A Propriedade como Direito de Prestação Positiva

1. No constitucionalismo moderno, a propriedade é declarada direito fundamental da pessoa humana e garantia inviolável e sagrada da liberdade individual, constituindo a finalidade de toda organização política precisamente a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem — a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Não tem constituição a sociedade que não assegure a separação dos poderes e a garantia dos direitos. Não incumbe ao Estado, nesse contexto político, estabelecer o que fazem os cidadãos, senão garantir para cada um uma esfera de liberdade na qual possa desenvolver as suas habilidades e talentos.

2. Os direitos fundamentais, dados à luz pelas revoluções liberais, em cujo elenco está a propriedade, são concebidos basicamente como liberdades negativas, como espaços de autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado, do qual se exige que se abstenha, o mais que possível, de intrometer-se na vida econômica e social e na vida pessoal dos indivíduos. Posto que não possa imiscuir-se na vida de cada um, tem o Estado que existir para o desempenho de suas funções básicas, de garantia da defesa e da segurança da nação e dos cidadãos. Os direitos fundamentais, nessa fase histórico-liberal, são vistos, em primeiro, como liberdades, incumbindo aos seus titulares a determinação dos seus conteúdos, e, em segundo, como garantias, para que seja assegurada, em termos institucionais, a não intervenção dos poderes públicos.

3. Mas a propriedade não se limita à primeira dimensão, liberal-individualista, identificada na expressão clássica “direito de propriedade”, incorporado ao patrimônio jurídico do titular e garantida pelas cartas políticas como direito subjetivo inviolável e principalmente como instituto jurídico, imune até mesmo ao poder constituinte derivado. Pode consubstanciar também um direito fundamental de segunda geração, do bloco dos direitos sociais, econômicos e culturais, que dominaram a cena constitucional do século XX, a despeito de que as respectivas prestações materiais, não obstante qualificadas pela dignidade constitucional, não se afigurem sempre resgatáveis em face da limitação dos meios estatais.

4. Superou-se a concepção de que não compete ao Estado a promoção do bem-estar social das pessoas, encerradas nas suas cidadelas de liberdade, cujos muros são constituídos pelo direito de propriedade. As transformações sociais e econômicas — e nisso é decisivo o processo de industrialização — fazem desmoronar a visão mágica de que o homem se rege somente pela esfera individual da sua autonomia. A urbanização, efeito direto da fadiga das estruturas sociais tradicionais, tornou insuficientes, em face do aumento e da complexidade da demanda, os sistemas familiares e mutualistas aos quais recorria o indivíduo nos momentos de adversidade.

5. Insatisfeitos com a ordem injusta com a qual a abstenção do Estado tinha consentido, os indivíduos reivindicam do Estado uma intervenção mais efetiva na transformação das estruturas sociais. A interdependência, a solidariedade, o intervencionismo e a socialização alteram o sistema de direitos fundamentais, originando uma nova categoria. Surgem na cena do mundo os direitos fundamentais de segunda geração, os direitos sociais, culturais e econômicos, que germinaram no solo da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX.

6. O Estado, em face dos novos desafios, é compelido a tomar medidas de planejamento econômico e social, com intervenções diretas na economia, criando um sistema de prestações nas várias áreas da vida social, expressas em comportamentos estatais positivos que espelham os direitos sociais — *v.g.*, direito à habitação, direito à saúde, direito à segurança social, direito à educação, direito à proteção dos jovens e dos idosos. Os direitos sociais são exercitáveis pela organização de um sistema estatal prestacional e pelo implemento de políticas públicas que levam ao acesso a tais direitos fundamentais.

7. Num apelo para uma democracia econômica e social, os regimes constitucionais, para realizar o Estado social de Direito, passam a consagrar um capítulo específico sobre os direitos sociais, culturais e econômicos, cuja função precípua consiste em reconstruir as condições materiais e culturais nas quais vivem as pessoas de fato, além dos umbrais de uma liberdade formal, que cuida do indivíduo abstrato, desprovido da sua individualidade concreta. São os direitos a prestações, que exprimem o oposto do conceito de direito de defesa e expressam, em geral, a ideia de um direito a algo que o titular do direito poderia obter de outras pessoas privadas se dispusesse de recursos financeiros e se houvesse oferta no mercado.

8. No cenário brasileiro, a era constitucional dos direitos sociais foi inaugurada com a Constituição de 1934, tida como o marco inicial do Estado social no País, conquanto o texto constitucional, ao enumerar os primeiros direitos sociais de prestação, não tenha a explicitude nominal da atual Constituição. Ao regular a ordem econômica e social, para dizer que deveria ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilitasse a todos existência digna, a Constituição de 1934 inaugurou juridicamente o Estado social de Direito no Brasil, que pautou as constituições seguintes, com exceção da Carta de 1937, que, ao contemplar a ordem econômica, silenciou sobre a ordem social. A Constituição de 1988, avançando longe em território social e em refinamento, embora não necessariamente em eficácia, é expressa em relacionar como direitos sociais, sem prejuízo de um grande elenco de direitos trabalhistas, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

9. Quando a Constituição relaciona a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados como direitos sociais, a sua dicção não gera de logo, propriamente, sem a interposição do legislador, as respectivas posições jurídicas exigíveis à moda clássica do direito subjetivo. Mas o fundamental é que a existência de um direito social, com dignidade constitucional, implica o dever correspondente e a forma de exigir, no que tem sido decisivo, nas bordas do sistema, mas de grande efeito pedagógico, o papel proativo do Judiciário na implementação de certos direitos sociais, como se tem observado, *v.g.*, no fornecimento de medicamentos não constantes das listas dos órgãos públicos de saúde e no

tratamento médico em centros especializados, até mesmo no exterior. A efetivação dos direitos sociais através do Estado, prática complexa e difícil, deve estar gerenciada, sempre, pela ideia kantiana de dignidade humana, pela qual existem maneiras de tratar o homem incompatíveis com o seu reconhecimento como um membro pleno da comunidade humana.

10. Dificuldades práticas à parte, a ideia central é que os direitos sociais prestacionais, enquanto titularidades de lastro patrimonial (econômico e financeiro), podem ser reconduzidos à concepção genérica de propriedade como uma relação de pertinência entre a coisa (utilidades materiais e imateriais) e a pessoa, que ocorre e se identifica em todas as situações jurídicas patrimoniais, de dimensão material ou imaterial, direitos reais ou direitos obrigacionais. Os direitos sociais prestacionais devem ser reconhecidos, nos segmentos de pretensão e de concretização, em potencial ou efetivamente, com a sua verdadeira identidade: formas de manifestação do direito de propriedade.

11. Conquanto isso possa parecer atípico ao senso comum da sociedade e quiçá iconoclástico a muitos juristas, recolhidos culturalmente, ambos, ao arquétipo conceitual da propriedade corpórea, que tem a seu favor como que uma carta de cidadania, o fato é que constituem os direitos sociais, na essência da sua patrimonialidade de obrigações de fazer e de dar, formas (anômalas ou regulares) de manifestação do direito de propriedade em sentido genérico. Propriedade, na substância da sua significação, traduz sempre um mínimo de pertencimento, de poderes exclusivos e dispositivos que a ordem jurídica confere a um sujeito determinado. O espírito da propriedade imobiliária — a parte com a pretensão do todo — ronda o ambiente da análise e intimida a conclusão, mas é inegável que os direitos sociais tipificam manifestações genéricas da propriedade, conceito que é predominantemente objetivo e de natureza econômico-jurídica, a expressar uma relação de vinculação ou de pertença entre a coisa e a pessoa.

12. A propriedade também se manifesta como direito fundamental de prestação positiva, identificada na expressão “direito à propriedade”, que pode se manifestar no mecanismo dos direitos sociais de prestação positiva, e em situações jurídicas outras, as mais diversas, componentes de uma reserva material de bens que substancia em concreto a dignidade humana, identificada, até que se chegue ao nome de consenso, por expressões como “mínimo existencial”, “propriedade mínima”, “mínimo de subsistência”, “patrimônio mínimo” e quejandas.

13. O acesso à propriedade, ou o direito à propriedade, que opera de forma difusa no sistema jurídico, sob mecanismos os mais diversos, alguns deles com apelidos de institutos consagrados na civilística e que não tem o prestígio psicológico nem o refinamento técnico-legal do direito de propriedade, o direito subjetivo por excelência, é garantido potencialmente a todos — pobres, ricos ou remediados —, nos domínios da livre iniciativa e da autonomia privada, mas consubstancia também um direito fundamental social, cuja acústica é mais ouvida naquela dimensão material sem a qual não pode haver uma subsistência humana digna.

14. Há uma tensão dialética constante entre as duas situações, como se fora o anverso e o verso da efetividade do pertencimento patrimonial. O direito à propriedade, uma vez positivado tecnicamente, converte-se linguística e legalmente no direito de propriedade, garantia inarredável da liberdade humana. O direito de propriedade, por sua vez, nas naturais mutações institucionais do sistema — *v.g.*, as transferências ocultas e distributivas de propriedade, a cargo do Estado, pelo mecanismo dos tributos, que aparecem muito na realização dos direitos sociais —, pode reconverter-se em formas de direito à propriedade, que operam de forma silenciosa nas entranhas do sistema.

15. Registra-se também o mesmo fenômeno — reconversão dialética do direito de propriedade em direito à propriedade —, de forma menos silenciosa, quando o direito de propriedade, flagrado no uso afrontoso à sua função social e mesmo quando identificado em concreto como instrumento abusivo de exercício do poder sobre os outros, ou de exclusão social, desencadeia (ou pode desencadear) processos técnicos sistêmicos de destruição da titularidade atual, à semelhança de doença autoimune, como sucede, *v.g.*, nas diversas hipóteses de usucapião.

4.6 A Titularidade de um Aporte Vital de Bens e sua Sustentabilidade Jurídico-Constitucional

1. Constituem artigos indeléveis da lei da natureza a ideia e o fato de que a vida do homem, que necessita de alimentação, de vestimenta e de abrigo, impescinde de meios, da titularidade de um aporte vital de bens, seja qual for o apelido que se lhe dê. Germinal é a ideia de que o acesso a um aporte vital de bens constitui uma exigência da ordem natural

que, em lenta evolução, veio a moldar as leis positivas; ou, se assim for preferido, uma titularidade de direito natural, segundo a natureza das coisas, expressão que de modo geral traduz a pretensão de que o direito se aproxime da realidade, na qual as pessoas vivem sob os grilhões da necessidade material.

2. Independentemente da suficiência teórica da justificação doutrinária da propriedade, em torno da qual debatem interminavelmente as várias teorias dos filósofos do direito, o fato é que, no desdobramento da ideia de propriedade como direito inerente ao homem, faz-se presente sempre, sob os auspícios de considerações de variada estirpe — políticas, filosóficas, religiosas, sociais, sociológicas etc. —, a noção de propriedade a partir de um mínimo material que dignifica o homem e sem a qual não se realiza ele na plenitude da sua pessoa.

3. Essa evidência, que deita raízes no direito natural e que foi anunciada à consciência do mundo pela doutrina social do catolicismo, vem expressa na cosmovisão que se colhe dos principais documentos políticos internacionais, segundo a qual a propriedade é um direito inerente a toda pessoa, um direito natural imprescritível do homem, que tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora do seu controle.

4. Conquanto o comportamento do homem não seja somente instintivo, como se dá com os animais não humanos, senão básica ou exclusivamente ditado por condicionamentos culturais, alguns comportamentos aquisitivos dos demais animais, tais como os imperativos alimentar e territorial, não deixam de aplicar-se ao homem, notadamente nos seus primeiros sentimentos de existência e conservação. Dotado de inteligência superior, o homem tem capacidade de dominar e controlar o meio ambiente e de produzir, armazenar e transmitir conhecimentos, mas, na satisfação de necessidades básicas, como conservação, alimentação e abrigo, muito especialmente nas situações agudas e traumáticas de escassez, não se distingue muito dos animais não humanos, donde advém, também por esse ângulo de análise, o imperativo de se lhe reconhecer, como uma evidência, a prerrogativa natural a um aporte vital de bens.

5. A titularidade de um aporte básico de atributos materiais, no sentido mais estrito do acesso exclusivo a um espaço e a certas dádivas da natureza, surgiu como um estado de fato na natureza, ao qual os homens depois deram um nome e uma disciplina legal tutelada pela sociedade política. Entretanto, como realidade típica social e histórica, impõe-se à razão e ao respeito, e nessa linha é o magistério social católico, ao afirmar que o Estado é posterior ao homem que, antes mesmo da sua existência, o homem já havia recebido da natureza o direito de viver e proteger a sua existência. Tal como a natureza cobra com rigor a violação das suas leis, assim também pode ocorrer na sociedade política que nega ao homem, pelo fato de existir, os atributos materiais mínimos à sua existência: o alto preço pode ser a convulsão social, expressa em miríades de formas, das quais as faces mais visíveis são a violência, em todas as suas manifestações, inclusive contra a natureza, e a quebra da ordem patrimonial, institucional e política.

6. Pelo princípio da justiça e da igualdade, posses desiguais de propriedade são justificáveis se todos tiveram uma quantidade mínima de propriedade e as desigualdades não prejudicarem uma vida plenamente humana em sociedade. O princípio de justiça, portanto, tomada a justiça no seu sentido amplo de norma moral que regula a partilha de benefícios e de encargos entre as pessoas, exige que cada pessoa tenha um mínimo de propriedade. Reconhece direitos a uma propriedade mínima e a uma vida plenamente humana em sociedade, envolvendo os itens necessários para um vida decente, não deixando de ser, também, uma norma de igualdade, pela qual a diferença de posses de propriedade seja moral e politicamente justa.

7. O maior desafio do mínimo existencial, como manifestação de propriedade, em um mundo positivista e conceitualista, povoado e regido por rígidos modelos legais, é o do seu formato legal a partir do qual possa ter aplicabilidade, ainda que esteja advertido o operador do jurídico de que, sendo o direito um fenômeno o social, nenhuma das referidas considerações metajurídicas — políticas, filosóficas, religiosas, sociais, sociológicas etc. — deve ficar de fora das cogitações jurídicas não puramente positivistas. A criação e a aplicação do direito constituem funções políticas e, portanto, juízos de valor.

8. Não obstante as divergências, sempre fecundas e recorrentes em matéria de direitos fundamentais, não falta ao mínimo existencial, inserido nos direitos sociais, efetiva sustentabilidade jurídico-constitucional, tendo-se em conta que os direitos sociais aparecem

como mecanismos de realização dos direitos individuais de toda a população e que os direitos individuais e os direitos sociais constituem grupos de direitos com características próprias, mas não se revelam incomunicáveis. Os direitos sociais, bem examinados, exibem um núcleo contedutístico dotado de especial força jurídica, dada a sua referência direta à ideia de dignidade da pessoa humana, que está nas fundações de todo o catálogo dos direitos fundamentais.

9. A sustentabilidade institucional do mínimo existencial, como manifestação do direito à propriedade, pode ser aferida a partir do plano infraconstitucional, no qual pode operar de forma invisível e virtual, com manifestações residuais de pouca ressonância institucional, como o furto famélico e o limite à capacidade tributária contributiva; e às vezes de forma mais incisiva, com manifestações pontuais de autêntica veste jurídica, como a nulidade da doação universal, a impenhorabilidade de salários e da pequena propriedade rústica; e sobretudo no plano constitucional, nas premissas da dignidade da pessoa humana e da erradicação da pobreza e da marginalização, que constituem, respectivamente, um dos fundamentos e um dos objetivos fundamentais da República brasileira.

10. É na perspectiva constitucional que a concepção do mínimo existencial encontra maior expressão e a partir da qual os preceitos infraconstitucionais encontram sua fecunda interpretação. A titularidade do aporte vital de bens, expressão concreta da dignidade humana, não tem expressão linguística nominal no texto constitucional, mas constitui uma decorrência direta de alguns princípios constitucionais, a começar pelo Estado social de Direito, cuja ordem social, tendo por objetivos o bem-estar e a justiça sociais, compele o Estado a assegurar direitos sociais mínimos.

11. Incidem, na sequência, o princípio constitucional da igualdade, que não se circunscreve à igualdade formal, sonora e retórica, no nível de um ideal a alcançar em tempo indeterminado, mas abrange também e sobretudo a igualdade substancial, que atinge o indivíduo no seu dia a dia concreto e que lhe assegura a proteção contra a pobreza absoluta — são objetivos fundamentais republicanos a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais —, resultante direta da desigualdade social, pobreza que humilha o homem e que sufoca as manifestações da sua personalidade; e o princípio, modelador de todos, da dignidade da pessoa humana, valor supremo que atrai, a partir da vida, o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem.

12. A problemática dos direitos fundamentais sociais, a essa altura da cultura social e política, passa a ser menos de construção de base teórica e de sustentabilidade institucional, se bem que nesses arraiais ainda haja empecilhos a vencer, e mais de aplicabilidade, submetida que está diretamente aos programas de políticas públicas sociais, os quais passam necessariamente pelo gargalo da disponibilidade dos recursos do tesouro, sempre escassos em face da demanda crescente e das demais prioridades das opções da política governamental.

13. Apesar do largo espaço entre a aplicabilidade — as normas constitucionais não são meras recomendações, preceitos morais ou promessas constitucionais inconsequentes — e a eficácia, esta mesmo submetida a vários formatos e matizes, não deixam de ser alvissareiras, na perspectiva da eficácia do direito ao mínimo existencial, as suas referidas manifestações no sistema jurídico brasileiro, desde as fragmentárias estipulações do direito positivo às modernas prestações de natureza material, obteníveis através do Estado, à conta dos direitos sociais, econômicos e culturais.

14. Nem todas essas manifestações do direito ao mínimo existencial são em si mesmas emancipatórias, como manda, a partir da sua própria expressão linguística, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Algumas delas, especialmente em matéria de benefícios sociais, tem visível conotação assistencialista e predatória da cidadania, sabendo-se que o embrião do acesso ao mínimo existencial reside fundamentalmente na democratização das oportunidades sociais, para que cada cidadão construa o seu próprio caminho.

15. Não se projeta e nem se busca senão o equilíbrio na repartição das riquezas materiais e intelectuais com a implantação de uma democracia econômica, expressa na possibilidade efetiva de participação de todas as camadas sociais, como titulares do direito, a uma existência digna. Na perspectiva constitucional do direito à propriedade, como um mínimo existencial, como um patrimônio mínimo, como um mínimo de subsistência, ou que outro nome se lhe dê, a ideia construtivo-redentora, decorrência direta da dignidade da pessoa humana, é que esses benefícios tenham na sua base teórica, o quanto possível, um sentido emancipatório, por força do qual os seus beneficiários os vejam menos como esmolas, nas asas de uma política meramente assistencialista, e mais como o legítimo

exercício dos direitos fundamentais sociais, de braços com os quais persista, sempre, espaço à autonomia da pessoa e ao seu crescimento na cidadania.

16. As oportunidades democráticas de acesso à propriedade e às suas virtuosas potencialidades, quando menos no nível do mínimo material indispensável a uma vida humana digna, devem ter a aptidão para levar a que o homem ande socialmente por si mesmo, sem a direção dos outros. O indivíduo, como que à imagem da construção kantiana do esclarecimento, sai da menoridade, quando não se conhecia como cidadão, e passa à maioridade cívica.

4.7 Manifestações do Direito à Propriedade

4.7.1 A Desapropriação por Interesse Social

1. Dentro da perspectiva institucional do direito de toda pessoa à propriedade, na vertente do direito à aquisição dos bens indispensáveis à sua subsistência, de acordo com os padrões de dignidade de cada momento histórico, constituem autênticas formas de manifestação, direta ou indiretamente, alguns institutos jurídicos tradicionais (ou não), vistos na sua conformação interna e institucional e, sobretudo, à luz dos princípios constitucionais: a desapropriação por interesse social, o desapossamento social, as diferentes modalidades de usucapião, o direito social à moradia e o direito originário da tradicional ocupação das terras indígenas, além do direito dos quilombolas sobre as terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos.

2. A desapropriação por interesse social — uma ilação direta da função social da propriedade — constitui um dos mecanismos legais de maior eficácia na promoção da justa distribuição da propriedade imobiliária e no condicionamento do seu uso fiel à função social da propriedade e, no limite, de promoção do bem-estar social. Em virtude dessa ferramenta constitucional, a potestade estatal tem a seu dispor meios expeditos para propiciar àqueles que, na cidade ou no campo, não tenham aptidão negocial para o acesso técnico à propriedade, a possibilidade de fazê-lo, seja na perspectiva da moradia, seja em termos (também) de cultura agrícola, expressando esta uma forma de subsistência sustentável e digna do rurícola e de sua família.

3. Ao invocar o interesse social, na desapropriação-sanção, que alcança a propriedade territorial urbana e rústica, o poder público não destina os bens desapropriados às necessidades próprias e típicas da administração, senão à coletividade, sem prejuízo de destiná-los individualmente a sujeitos determinados, mas sempre na perspectiva de dar ao imóvel a sua real destinação. Nas duas situações, propicia o sistema àqueles que, pelos mecanismos negociais regulares da autonomia privada, não têm aptidão para chegar ao direito de propriedade pela via contratual ou hereditária, a oportunidade de acesso à propriedade como forma de dignificar a sua vida e da sua família.

4. Efetivada a desapropriação agrária (na prática, já a partir da imissão na posse), o imóvel será destinado aos programas de reforma agrária, com a sua inclusão em projetos de assentamento, admitindo-se formas de exploração individual, condominial, cooperativa, associativa ou mista, formalizando-se a titularidade em termos de doação, como cláusula resolutiva, ou concessão de uso, inegociáveis por dez anos e concedidas ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, mediante obrigações — cultivo do imóvel e não cessão por dez anos — que, descumpridas, desencadeiam a cláusula resolutiva do título de domínio ou da concessão de uso. No caso de imóvel urbano, será utilizado na edificação de moradias populares, ou revendido para a mesma finalidade, depois do devido parcelamento.

5. Instrumento de acesso à propriedade, a desapropriação por interesse social não se limita às hipóteses de reforma agrária, conquanto seja a mais importante e de maior apelo midiático. Lei específica define hipóteses outras de interesse social para fins de desapropriação, aplicáveis à propriedade rústica e à propriedade urbana, entre as quais duas se destacam, pela fecunda potencialidade na linha de concretização do direito à propriedade, a manutenção de posseiros em terrenos urbanos, nos quais, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de dez famílias, e a construção de casas populares, na razão direta de uma política habitacional, propiciando a que as camadas de menor poder aquisitivo possam ter acesso à moradia. Os bens desapropriados serão objeto de venda ou locação a quem estiver em condições de dar-lhes a destinação social prevista.

6. As oportunidades sociais de acesso à propriedade, sobre ser diferenciadas, não precisam ser necessariamente gratuitas ou a fundo perdido para os poderes públicos. O

Estatuto da Terra, ao falar do acesso à propriedade rústica mediante a distribuição ou redistribuição de terras, estabelece que ele se dará pela execução de várias medidas, como a desapropriação por interesse social, a doação, a compra e venda, a arrecadação de bens vagos, a reversão à posse do poder público de terras de sua propriedade indevidamente ocupadas e exploradas por terceiros, a qualquer título.

4.7.2 O Desapossamento Social

1. Instituto inaugurado pelo Código Civil de 2002, com caráter promissor na perspectiva de acesso à propriedade, o desapossamento social leva em conta a natureza social da posse e tipifica inovação do mais alto significado, porquanto, inspirado no sentido social do direito de propriedade, despojado do seu caráter individualista, tem como premissa qualificada e vivificadora a posse-trabalho, que realiza a vocação natural da terra, e que, em certo sentido, revela-se tributário do tradicional princípio luso-brasileiro da efetividade do cultivo como condição de legitimação da posse da terra, princípio que gerenciou a política fundiária brasileira desde o Império, a partir da Lei das Sesmarias de F. Fernando I.

2. Pelo novel instituto, o proprietário pode ser privado da titularidade dominial do imóvel que reivindeque, se consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. Firmada a hipótese, que ocorre no bojo da ação reivindicatória, o juiz fixará a indenização a ele devida e, pago o preço, valerá a sentença como título de aquisição para o registro do imóvel em nome dos possuidores, em condomínio, a menos que a instrução do processo delimite a área ocupada e trabalhada por cada ocupante, dando condições técnicas a que a sentença determine o desdobramento da matrícula, para contemplar de forma individualizada a situação fundiária de cada qual (art. 1.228, §§ 3º e 4º).

3. Festejada com alvorada em face da sua mensagem social alvissareira, pois que efetivamente tem visível aptidão para permitir o acesso técnico à propriedade imobiliária, sobretudo no meio urbano, por parte daqueles que a ocupam e a beneficiam com obras e

serviços, realizando a sua função social, a nova ferramenta jurídica, a despeito de alguma similitude tópica ou circunstancial com desapropriação por interesse social, pelo fundamento da manutenção de posseiros em terrenos urbanos, nos quais, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais, nos termos da Lei 4.132/62, constitui um instituto autônomo e não tipifica forma originária de aquisição da propriedade.

4. A aquisição que se opera, secretada no âmago do sistema, que contempla o direito à propriedade, é derivada-atípica, sem similitude causal com a usucapião, que não implica pagamento, e sem nenhuma interferência causal do Estado, donde não se tratar de desapropriação. Mecanismo de perda compulsória da propriedade fundiária que não cumpra a sua função social, o desapossamento social inova os escaninhos conceituais da civilística e representa uma forma de ponderação na colisão dos princípios constitucionais do direito de propriedade e da função social propriedade.

5. Nada impede, na busca da efetividade social do instituto, que os próprios possuidores tomem a iniciativa de ingressar com o pedido de desapossamento, à imagem e semelhança do que se dá na desapropriação indireta, a fim de que o juiz de logo nomeie perito para a avaliação do imóvel, urbano ou rústico, com vistas ao pagamento da indenização, tendo em vista que, firmadas as condições legais referidas, resta paralisada a pretensão reivindicatória.

6. Nas dificuldades concretas de aplicação da nova ferramenta de acesso à propriedade, entre elas a dificuldade, se não impossibilidade de pagamento da justa indenização pelos ocupantes, pessoas em regra de baixa renda, e a crucial demonstração da posse de boa-fé da parte de grande número de pessoas, em situações individuais díspares e dificilmente aferíveis, poderá o poder municipal, na execução da política urbana, até mesmo em convênio com os poderes estadual e federal, promover a desapropriação do imóvel por interesse social, com posterior venda, locação ou concessão de uso aos ocupantes.

4.7.3 As Diferentes Modalidades de Usucapião

1. Instituto vetusto, mas de constante e renovada significação social, a usucapião, em suas diversas modalidades, tipifica uma das manifestações mais incisivas do direito à propriedade, não somente pela sua frequente ocorrência no cotidiano da vida jurídica, decorrente da sua previsão em repetidos textos legais, como também porque opera por geração espontânea nas entranhas do sistema, como uma involução dialética da titularidade patrimonial que leva à falência as faculdades inerentes à propriedade e, na consequência, à extinção do direito.

2. De grande vantagem operacional sobre a desapropriação, sujeita à imprescindível e complexa intervenção do poder público, segundo o devido processo legal, e adstrita a uma miríade de injunções políticas, econômicas e sociais que dificultam o acesso à terra, a usucapião, dispensando o concurso do poder público na sua consumação — senão na formalização declaratória do título de aquisição — e operando de forma silenciosa, sem o pagamento de indenização, pode ser considerada a mais expressiva forma de acesso à propriedade, inclusive em prol de quem já seja proprietário.

3. Vista a propriedade como o modelo refinado do direito subjetivo individualista, a usucapião soa à primeira vista como um instituto injusto e iníquo, como uma usurpação, não se podendo compreender como possa a pessoa ser demitida da titularidade do seu direito sem um ato de renúncia ou de disposição voluntária. Mas, bem vistas as coisas, cuida-se de instituto que realiza a função social da propriedade, encontrando a sua justificação em razões de ordem social, não somente no tradicional fundamento da estabilidade das relações jurídicas, como também na perspectiva de redistribuição da propriedade.

4. Em se tratando de justificação filosófica da propriedade, uma das teorias de maior prestígio dá o trabalho como a sua causa eficiente. É o esforço do trabalho que confere valor às coisas que estão na natureza, cujas dádivas são livres e acessíveis a todos, mas o trabalho daquele que retirou as coisas do estado comum no qual se encontravam, ou as transformou, acrescentando-lhes valor, é que fixa sobre elas a propriedade. Tal é o que

ocorre com a usucapião, na sua moderna função de instrumento social de acesso à propriedade, que associa o decurso do tempo de posse à ação daquele que ocupa, trabalha e valoriza a terra e realiza a sua vocação de cultivo, fazendo dela um mecanismo de conquista do espaço de autonomia pessoal e familiar.

5. A tendência da lei, na perspectiva dinâmica do acesso à propriedade funcionalizada, realizando a justiça social, é cada vez mais pela redução dos prazos de usucapião e pelo prestígio da posse-trabalho, o que se verifica claramente nas duas situações de usucapião especial, urbano (*pro habitatione*) e rural (*pro labore*), também contidas no Código Civil, no ponto inovando a codificação anterior, mas que em realidade constituem reprodução de previsões da atual Constituição, na tradição de outros documentos constitucionais.

6. Soberba manifestação da usucapião como expressão do direito à propriedade, até mesmo pela sua alta visibilidade social e urbanística, e de forte parentesco tópico e social com o instituto do desapossamento social dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil, vem retratada na Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 — Estatuto da Cidade —, que prevê de forma inovadora a usucapião coletiva de áreas urbanas superiores a 250 metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos corridos (é permitida soma de posses contínuas), sem oposição, nas quais não seja possível identificar individualmente os terrenos ocupados por cada possuidor.

4.7.4 O Princípio Constitucional do Direito a Moradia

1. A percepção atual do mínimo existencial, na óptica do direito a moradia, tem raízes históricas milenares na família antiga, cuja casa, sobre servir-lhe de abrigo, era também um santuário de culto aos antepassados. A família, a religião doméstica e a propriedade eram inseparáveis. A partir dessa noção sagrada de casa, pela qual o homem antigo participa da divindade, tem-se modernamente a ideia secularizada de casa como asilo inviolável do indivíduo, na qual ninguém pode penetrar sem o seu consentimento.

2. Os direitos sociais prestacionais, nos quais indubitavelmente se inscreve o direito a moradia, devem ser reconhecidos, nos segmentos de pretensão e de concretização, em potencial ou efetivamente, com a sua verdadeira face de formas de manifestação do direito de propriedade, ou do direito de acesso a ela, considerada na perspectiva do mínimo

existencial, até mesmo pela contingência humana da necessidade de abrigo e pela evidência de que precisa ser construído, o que não ocorre sem o resultado do esforço e do trabalho do homem.

3. Uma expressão implícita do direito a moradia, na Constituição brasileira, antes mesmo da EC 26/2000 — por cuja virtude o direito a moradia recebeu a devida positivação no texto constitucional, no rol dos direitos sociais —, e que ecoa a mensagem histórica do direito natural expressa na Declaração Universal dos Direitos do Homem e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já poderia ser deduzida como a contrapartida do poder-dever da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, no exercício da competência constitucional comum, da qual são titulares, para a promoção de programas de construção de moradias e da melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

4. Conquanto a sua eficácia e justicialidade sejam assaz complexas e sujeitas a muitos percalços institucionais e materiais, são razoavelmente assentes as ideias de que o direito a moradia, em essência, significa um lugar como residência, ou, num senso mais elaborado, uma habitação digna, de dimensões adequadas, servida pelos devidos equipamentos urbanos e comunitários, apta a propiciar aos seus ocupantes privacidade e tranquilidade, não devendo ser entendida como um sinônimo de casa própria, donde advém que ter a oportunidade material, por esforço próprio ou sob instância de políticas públicas — *v.g.*, de edificação para locação, ou de renúncias fiscais tendentes a tornar as locações mais acessíveis —, de residir em imóvel alugado, constitui igualmente uma forma de realização do direito de habitação.

5. Como outros direitos sociais, a moradia se consubstancia em dupla natureza e com idêntica proteção constitucional, seja como um direito negativo, ou de defesa, na perspectiva de não ser o titular privado arbitrariamente da habitação ou de não ser impedido injustamente de a ela ter acesso, seja como um direito de caráter positivo que consiste em obtê-la, *v.g.*, por via da aquisição onerosa, da concessão, da doação, do usufruto ou do aluguel, traduzindo-se em prestações estatais próprias à realização do objetivo como direito social, ou mesmo na aptidão da própria oportunidade material nos domínios da autonomia privada.

6. São numerosas, por conseguinte, as modalidades ou formas pela quais pode o Estado, firmando o objeto e o conteúdo das prestações possíveis, alocar as condições materiais necessárias ao exercício do direito a moradia. Essa multiplicidade de opções, no âmbito da atividade prestacional social do Estado, tende mesmo a ser a ser ilimitada, não passando somente pelos núcleos do direito de propriedade ou do direito à propriedade imobiliária, senão também por outras opções conformadoras, entre elas prestações jurídicas, como a que restringe a penhorabilidade do bem, nos casos do bem de família e da pequena propriedade rural trabalhada pela família, esta com expressa proteção constitucional.

7. A mesma questão, vista sob uma dimensão objetiva dos direitos sociais, leva a que o direito a moradia possa ser modelado pela imposição legiferante, em ordem a que o legislador se comporte positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o seu exercício, como ocorre, *v.g.*, numa política sócio urbana realista de edificações populares ou de estímulos fiscais ligados à locação ou numa dimensão subjetiva desses direitos, com o fornecimento concreto de prestações aos cidadãos (assim pode ser tida a política de reforma agrária e urbana sob os auspícios da desapropriação por interesse social), prestações que conferem densidade à dimensão subjetiva.

8. Diversamente dos direitos de defesa, os direitos sociais acham-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles estão a necessitar, e não os possam adquirir no mercado, óptica pela qual a política urbanística sustentável, basicamente a cargo do poder local, porém com coparticipação institucional da União, que institui diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive de habitação e saneamento básico, dos Estados e do Distrito Federal, afigura-se como um fator decisivo de acesso ao direito de propriedade, consubstanciado no direito social à moradia.

4.7.5 Os Direitos Originários da Tradicional Ocupação das Terras Indígenas.

As Comunidades Quilombolas

1. A questão das terras indígenas, na perspectiva sobretudo do direito originário de ocupação por parte dessas populações, conquanto tenha a idade cronológica brasileira, e

ostente respeitável arcabouço legal, na prática está ainda na infância do seu desenvolvimento. Tantas são as leituras da questão, evoluindo e involuindo, ao longo da história brasileira, que, se visto em face da cruel realidade de certas populações indígenas, o tratamento que o sistema jurídico brasileiro confere à questão não passa de uma espécie de mea-culpa.

2. A tradição republicana da defesa retórica das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas tem raízes na Colônia, sobretudo quando o índio passou a ser domesticado, convertido e submetido à política de aldeamentos. No Regimento de Tomé de Souza, D. João III já traçava as primeiras linhas da política oficial em relação ao indígena, em relação ao qual se recomendava a cautela de confiar desconfiando. Um alvará régio de 1º de abril de 1680 já firmara o princípio de que, nas terras outorgadas aos particulares pela política fundiária portuguesa, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais ocupantes delas.

3. Uma defesa histórica importante, e quiçá pioneira, dos direitos dos indígenas sobre as suas terras foi efetuada por João Mendes Júnior, logo que editada a Lei Imperial 601, de 1850, em cujos termos as sesmarias e concessões do Governo Geral ou Provincial seriam revalidadas se estivessem cultivadas ou com princípios de cultura e moradia habitual do respectivo sesmeiro ou concessionário, diretriz fundiária que também se aplicava às posses mansas e pacíficas, havidas por ocupação primária ou do primeiro ocupante, que, nas mesmas condições, seriam legitimadas. Na defesa vitoriosa do jurista, a solução não se aplicava aos índios, sobretudo os de terras longínquas e até desconhecidas, que naturalmente não poderiam enquadrar-se naquelas exigências, razão por que o Decreto 1.318, de 1854, ao regulamentar a lei de terras, mandou reservar terras devolutas para os aldeamentos de indígenas nos distritos nos quais existissem hordas selvagens, independentemente das formalidades de legitimação de posse, visto que tais terras já lhes pertenciam em virtude do direito à reserva.

4. Numa manifestação expressa do direito à propriedade, como efetivo pertencimento, os indígenas, na tradição do constitucionalismo brasileiro a partir de 1934, têm reconhecidos os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, aquelas por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as

necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

5. A linguagem da Constituição, um tanto ambígua, ao falar de reconhecimento (“são reconhecidos aos índios”), termo que implica de certo modo um juízo declaratório de uma situação jurídica preexistente, evoca a ideia de uma recepção, mesmo imprecisa, da teoria da ocupação, uma das clássicas concepções a respeito da origem da propriedade, discutidas pela filosofia do direito e pela economia, em conformidade com a qual a propriedade individual se funda no ato de ocupação primária. Os direitos originários dos índios sobre as suas terras, pela nominalidade do texto constitucional, adviriam do fato de serem eles os primários e naturais senhores das terras.

6. Mas a conformação legal dos direitos fundiários dos índios não guarda compromisso jurídico necessário e retilíneo com aquela premissa. A titularidade patrimonial que efetivamente lhes pertence é o proveito econômico oriundo das faculdades de uso e gozo, de forma exclusiva, das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, posto o fato de que as terras por eles tradicionalmente ocupadas pertencem, desde a Constituição de 1967, à propriedade da União, ainda que sejam destinadas de forma permanente à sua sobrevivência, em virtude de usufruto por determinação do texto constitucional.

7. A ocupação tradicional dos índios, que tem base histórica no indigenato e que, no rigor dos termos, atribuir-lhes-ia o direito de propriedade das terras, posto ser o indigenato uma fonte congênita e primária da posse territorial, na realidade confere-lhes somente o usufruto das dádivas e riquezas da natureza. A posse, informada pelo *modus vivendi* tradicional da tribo, traduz somente um fator compulsório de afetação desses bens à organização social dos índios, criando para a União uma propriedade vinculada ou reservada, destinada a garantir às populações indígenas o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente.

8. O reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre as terras indígenas vem da tradição do indigenato, o regime administrativo e institucional que a metrópole passou a aplicar aos índios, a partir do alvará régio de 1680, pelo qual, nas terras outorgadas a particulares, se reservava o direito dos índios, primários e naturais senhores delas, tratando-se, portanto, de um instituto legítimo em si mesmo, que prescinde de

legitimação, diferentemente da ocupação, que é título adquirido. Não é o caso de simples ocupação privatística de terra, com vistas à sua exploração, senão de ocupação do próprio *habitat* indígena, que envolve a interação ecológica do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento da vida humana indígena.

9. Na atualidade constitucional, o reconhecimento dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, de par com a interpretação do Supremo Tribunal Federal, não passa pelas consequências da pureza técnica do indigenato, em ordem a recuperar o conceito de posse imemorial, entendida como aquela que se estende por gerações e cujo termo inicial, de épocas remotas, se perde na memória do grupo. À expressão “tradicionalmente”, diversamente, deve-se emprestar um sentido antropológico, forma típica de possuir da comunidade indígena, à luz da qual as terras sejam imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dos índios e à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

10. Situação similar à dos índios (*exceptis encipiendis*) se dá com o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos, grupos étnico-raciais que, por critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, têm presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida. A franquia constitucional incide sobre as terras utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

11. Constatada a hipótese, em processo administrativo, os quilombolas têm o direito ao reconhecimento da propriedade definitiva das terras que estejam ocupando, com a outorga de título coletivo (comum, em verdade, pois o universo de usuários limita-se aos remanescentes quilombolas) e pró-indiviso em nome das comunidades, com cláusulas de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola.** Dicionário de Filosofia, Martins Fontes, São Paulo, 2003.
- AGUIAR, Ruy Rosado de.** Prefácio à Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas, Edição fac-similar do Senado Federal, maio/2003.
- ALEXY, Robert.** Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001 – tradução de Ernesto Garzón Valdés.
- _____. **Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade** – tradução de Luiz Afonso Heck –, *in* Revista de Direito Privado, n. 24, outubro/dezembro/2005, São Paulo – RT.
- _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Malheiros Editores, 2008 [tradução de Virgílio Afonso da Silva].
- ALVES, João Luiz.** Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil Anotado, 1ª Edição, Rio de Janeiro, F. Briguiet e & Editores-Livreiros, 1917.
- ALVES, José Carlos Moreira.** Direito Romano, 5ª Edição, 1983, Forense, volume I.
- _____. **A Contribuição do Antigo Direito Português no Código Civil Brasileiro**, *in* Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980.
- _____. **II Jornada de Direito Civil**, Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários. Conferência Inaugural, Brasília – 2003.
- _____. **Aspectos Gerais do Novo Código Civil Brasileiro**, III Jornada de Direito Civil – CJP, Centro de Estudos Judiciários, 2005.
- AMARAL, Francisco.** A Descodificação do Direito Civil Brasileiro, *in* Revista do Tribunal Regional Federal – 1ª Região, volume 8 – número 4, outubro/dezembro/1996.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de.** Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª Edição – reimpressão da edição de 2004 –, Almedina.
- AQUINO, Tomás de.** Suma Teológica, Edições Loyola, volume 6, Questão 66 (Artigo 2).
- ARAÚJO, Telga de.** Função Social da Propriedade, *in* Enciclopédia Saraiva do Direito (Coordenação do Prof. Rubens Limongi França), volume 39.
- ARENDT, Hannah.** Origens do Totalitarismo (Anti-Semitismo, Imperialismo, Totalitarismo), Companhia das Letras (tradução de Roberto Raposo), 2004.
- ARIAS-BUSTAMANTE, Lino Rodriguez.** De la Propiedad Privada a la Propiedad Comunitaria, Monte Avila Editores, Caracas – Venezuela, 1971.
- ARISTÓTELES.** Ética a Nicômaco, Martin Claret – Coleção A Obra Prima de Cada Autor, 2004.
- _____. **Política**, 3ª Edição, tradução de Mário da Gama Cury, Editora Universidade de Brasília, 1997.
- ASCENSÃO, José de Oliveira.** Direito Civil – Reais, 5ª Edição, Coimbra Editora, 1993.
- ASSIER-ANDRIEU, Louis.** O Direito nas Sociedades Humanas, Martins Fontes, São Paulo, 2000.
- AZEVEDO, Álvaro Vilaça de.** Bem De Família (Com Comentários à Lei 8.009/90), Editora Revista dos Tribunais, 5ª Edição, 2002.

- AZEVEDO, Antonio Junqueira de.** Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana, *in* Revista Trimestral de Direito Civil, ano 2, volume 9, jan/mar 2002.
- BARASSI, Ludovico.** Proprietà e Comproprietà, Milano Dott. A. Giuffrè – Editore, 1951.
- _____. **La Proprietà** (Nel Nuovo Codice Civile), Seconda Edizione Riveduta, Milano Dott. A. Giuffrè – Editore, 1943.
- BARCELLONA, Pietro.** El Individualismo Propietario, Editorial Trotta, Madrid, 1996.
- BARCELLOS, Ana Paula de.** Normatividade dos Princípios e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição de 1988, Revista de Direito Administrativo n. 221, jan/set 2000.
- BARNI, Jeanluigi.** Novissimo Digesto Italiano, XIV, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1957, Proprietà (Diritto Intermedio).
- BARROSO, Luiz Roberto.** Fundamentos Teóricos e Filosóficos no Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), *in* A Nova Interpretação Constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas), Editora Renovar, 2ª Edição, 2006.
- _____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 5ª Edição, Editora Saraiva, 2003.
- BARZOTTO, Luis Fernando.** Positivismo Jurídico, *in* Dicionário de Filosofia do Direito, Vicente de Paulo Barreto (Coordenador), Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2006.
- BECCARIA, Cesare.** Dos Delitos e das Penas. Martins Fontes, 3ª edição, São Paulo, 2005.
- BESSONE, Darcy.** Direitos Reais, Editora Saraiva, 2ª Edição, 1996.
- BEVILAQUA, Clóvis.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (comentado). Edição histórica, Editora Rio, 1975.
- _____. **Direito das Coisas**, volume I, História do Direito Brasileiro, Senado Federal, Obra fac-similar, agosto/2003.
- BITTAR, Eduardo C.B.** Curso de Filosofia Política, Atlas, 2ª Edição, 2005.
- BITTENCOURT, Pedro Calmon Muniz de.** Direito de Propriedade, Rio de Janeiro, Imprensa Oficial, 1925.
- BOBBIO, Norberto.** **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant.** Editora Universidade de Brasília, tradução de Alfredo Fait e revisão de Estêvão Rezende Martins, 2ª Edição, 1992.
- _____. **Locke e o Direito Natural**, 2ª Edição, Editora Universidade de Brasília, tradução de Sérgio Bath e revisão técnica de Dourimar Nunes de Moura, 2ª Edição, 1997.
- _____. **O Positivismo Jurídico** (Lições de Filosofia do Direito, compiladas por Nello Morra), Ícone Editora Ltda. tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, 1995.
- _____. **A Era dos Direitos**, Editora Campos (tradução de Carlos Nelson Coutinho, 1992.
- _____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Editora Polis – Universidade de Brasília – UnB, 1989 (tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C.J. Santos).
- _____. **Da Estrutura à Função** – Novos Estudos de Teoria do Direito (tradução de Daniela Beccaccia Versiani), Editora Manole Ltda., 2007.
- BONAVIDES, Paulo.** Teoria do Estado, 6ª Edição, Malheiros Editores, 2007.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**, 19ª Edição, Malheiros Editores, 2006.
- _____. **Do Estado Liberal do Estado Social**, Malheiros Editores, 8ª Edição, 2007.

- _____. **Do Estado neoliberal ao Estado neo-social**. Folha de São Paulo, Tendências e Debates, Edição de 06/11/2008, p. A-3.
- BOURDIEU, Pierre**. O Poder Simbólico, Editora Bertrand Brasil Ltda., Rio de Janeiro, tradução de Fernando Thomaz, 2007.
- BRAGATO, Fernanda**. Individualismo, *in* Dicionário de Filosofia do Direito, Coordenação de Vicente Paulo Barreto, Editora Usininos – RS e Editora Renovar – RJ, 2006.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet**. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais, 1ª Edição, Editora Brasília Jurídica Ltda., 2002.
- BURDESE, Alberto**. Manuale di Diritto Privato Romano, III Edizione, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1975.
- BURNS, Edward McNall**. História da Civilização Ocidental (tradução de Donaldson M. Garschagen), Editora Globo, 30ª Edição, Volume 2.
- CAENEGEM, R.C. van**. Uma Introdução Histórica ao Direito Privado, tradução de Carlos Eduardo Machado e revisão de Eduardo Brandão, Editora Martins Fontes, São Paulo, 1ª Edição, 1995.
- CAETANO, Marcello**. As Sesmarias no Direito Luso-Brasileiro, *in* Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980.
- CANARIS, Claus-Wilhelm**. A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha, *in* Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado (Ingo Wolfgang Sarlet – Organizador), Livraria do Advogado Editora, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes**. Estudos sobre Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, 2004.
- _____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Almedina, 7ª Edição, 2003.
- _____. **Civilização ao Direito Constitucional ou Constitucionalização ao Direito Civil** – Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno, *in* Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides – Organizadores: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho – São Paulo, Malheiros, 2000, p.113.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital**. Constituição da República Portuguesa – Anotada, 1ª Edição brasileira e 4ª Edição portuguesa, Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2007.
- CARRERES, Joaquín Almguea**. La violència de Género como vulneración de la dignidad humana. DESAFÍOS ACTUALES A LOS DERECHOS HUMANOS: LA VIOLENCIA DE GÉNERO, LA INMIGRACIÓN E LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” – Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2005.
- CASTRO, Marcus Faro de**. Política e Relações Internacionais, Editora UnB, 2005.
- _____. **Instituições Econômicas**: Evolução de seus Elementos Constitucionais na Sociedade de Mercado, *in* Revista de Direito Empresarial, Curitiba, n. 6, julho-dezembro de 2006.
- _____. **“Julgar a Economia”** – Revista do Tribunal Superior do Trabalho, ano 68, janeiro/março – 2002 (pp. 190 – 203).
- CASTRO, Mônica**. A Desapropriação Judicial no Novo Código Civil, *in* www.mundojuridico.adv.br.

- CHORÃO, Mário Bigotte.** Temas Fundamentais de Direito, Livraria Almedina, Coimbra, 1986.
- CLAVERO, Bartolomé.** Les Domaines de la Propriété, 1789 – 1814: Propiedades y Propiedad em el Laboratorio Revolucionario, Universita' di Firenze, Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Quaderni Fiorentini (per la storia del pensiero giuridico moderno), 27 (1998), Giuffrè Editore Milano.
- COMPARATO, Fábio Konder,** A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, III Edição, Editora Saraiva, 2004.
- _____. **Ética** (Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno), Companhia das Letras, 1ª Edição (reimpressão), 2006.
- _____. **“Função Social da Propriedade dos Bens de Produção”**, Revista de Direito Mercantil (Industrial, Econômico e Financeiro), Ano XXV, n. 63 (pp. 71-79), julho/setembro de 1986.
- _____. **“Impropriedades”** – Folha de São Paulo – Tendências e Debates, edição de 22 de julho de 2003 – Caderno A – 3.
- _____. **Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade.** Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários) do Conselho da Justiça Federal, volume 1, número 3, dezembro/1997.
- CONSTANT, Benjamin.** Escritos de Política (tradução de Eduardo Brandão), Livraria Martins Fontes Editora Ltda., São Paulo, 2005.
- CORDEIRO, António Menezes.** Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Tomo I, 3ª Edição, 2005, Livraria Almedina.
- _____. **Da Boa Fé no Direito Civil** (Coleção Teses), Livraria Almedina – Coimbra, 2001.
- COSTA, Judith Martins.** Direito Civil e Constituição – Relações do Projeto com a Constituição, *in* Comentários sobre o Projeto de Código Civil Brasileiro – Série Cadernos do Centro de Estudos Judiciários do CJF, n. 20 – 2002.
- _____. **O Sistema da Codificação Civil Brasileira:** de Leibniz a Teixeira de Freitas, Revista da Faculdade de Direito da AFRGS, v. 17, 1999.
- CRUZ, Guilherme Braga da.** O Direito Subsidiário na História do Direito Português. Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1974, Volume n. 4.
- _____. **A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1955, volume L.
- CUNHA, Paulo Ferreira da.** Propriedade e Função Social, *in* Revista de Direito Imobiliário, Editora Revista dos Tribunais, Ano 27, n. 56, janeiro/junho de 2004 (pp. 110-126).
- DALLARI, Dalmo de Abreu.** Elementos de Teoria Geral do Estado, Editora Saraiva, 24ª Edição, 2003.
- DAVID, René.** Traité Elementaire de Droit Civil Comparé. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon Et. R. Durand-Auzias, Paris, 1950.
- _____. **O Direito Inglês,** Editora Martins Fontes (tradução de Eduardo Brandão), 2ª Edição, São Paulo, 2006.
- DE BONI, Luiz Alberto.** Ockham Guilherme, 1285 (90) – 1347, *in* Dicionário de Filosofia do Direito, Coordenação de Vicente Paulo Barreto, Editora Usininos – RS e Editora Renovar – RJ, 2006.

- DE CARA, Juan Carlos Gavara.** Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo (La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales em la Ley Fundamental de Bonn), Centro de Estudios Constitucionales.
- DE COULANGES,** Numa-Denis Fustel. A Cidade Antiga, Ediouto Publicações S.A, 2003 (tradução de Aurelio Barroso Rebello e Laura Alves).
- DE PLÁCIDO, e Silva.** Vocabulário Jurídico, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.
- DE RUGGIERO, Roberto.** Instituições de Direito Civil, volume 2, Bookseller – Editora e Distribuidora, Editores, 1ª Edição, Campinas – SP, 1999.
- DE VITA, Ana.** La Proprietà Nell’Esperienza Giuridica Contemporanea, Milano – Dott. A Giuffrè Editore, 1974.
- DÍEZ-PICAZO, Luis.** Prólogo a El Terrible Derecho – Estudios sobre la Propiedad Privada. Editorial Civitas, S.A., de Stefano Rodotà , 1986.
- DUGUIT, Léon.** Las Transformaciones Generales del Derecho – publico Y privado. Editorial Heliasta S.R.L.Buenos Aires, República Argentina.
- _____. **Traité de Droit Constitutionnel** – Tome Premier (Théorie Générale de L’État), Paris – Fontemoing @ Cie, Éditeurs, 1911 – La solidarité ou L’interdépendance sociale.
- DUMONT, Louis.** O Individualismo – Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Tradução de Álvaro Cabral, Editora Rocco Ltda., Rio de Janeiro, 1985.
- DURKHEIM, Émile.** De la Division du Travail Social (Étude sur L’Organisation des Sociétés Supérieures), Paris – Ancienne Librai Germer Baillièere et Cie, 1893.
- DWORKIN, Ronald.** Levando os Direitos a Sério, Martins Fontes (tradução de Nelson Boeira), São Paulo, 2002.
- ENGELS, Friedrich.** A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado, 16ª Edição, 2002, Editora Bertrand Brasil Ltda., tradução de Leandro Konder.
- ENGISCH, Karl.** Introdução ao Pensamento Jurídico, 8ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian (tradução de J. Baptista Machado), 2001.
- FACHIN, Luiz Edson.** Teoria Crítica do Direito Civil, 2ª Edição, 2003, Renovar.
- _____. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**, Editora Renovar, 2ª Edição Atualizada, 2006.
- FAORO. Raymundo.** Os Donos do Poder. 10ª Edição, Editora Globo, 1996, volume 1.
- _____. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista.** Revista USP (Dossiê Liberalismo/Neoliberalismo), n. 17.
- FASSO, Guido.** Jusnaturalismo, *in* Dicionário de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Editora UnB, 10ª Edição.
- FERRAJOLI, Luigi.** Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales, Edición de Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello, Editorial TROTTA, Segunda Edición, 2005.
- FINGER, Julio Cesar.** A Constituição e o direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil, *in* A Constituição Concretizada (construindo pontes com o direito público e o privado), INGO WOLFGANG SARLET – Organizador, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre – 2000.
- FLEISCHACKER, Samuel.** Uma Breve História da Justiça Distributiva (tradução de Álvaro de Vita), Martins Fontes, São Paulo, 2006.
- FLÓREZ-VALDÉS,** Joaquín Arce y. El Derecho Civil Constitucional, Editorial Civitas, S.A., Madrid, Primera edición, 1986 – Reimpresión, 1991.

- FRANÇA, Vladimir da Rocha.** Perfil constitucional da função social da propriedade, *in* Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Ano 36, janeiro/março de 1999, n. 141.
- FREITAS, Augusto Teixeira de.** Consolidação das Leis Civis, 3ª Edição – 1876, volume 1, reimpressão fac-similar do Senado Federal, Brasília – maio de 2003.
- _____. **Código Civil** – Esboço, Ministério da Justiça, co-edição com a Universidade de Brasília, 1983, volume 1.
- GARCIA, Paulo.** Terras Devolutas. Edição da Livraria Oscar Nicolai, 1958.
- GARCIA, Rodolfo.** Ensaio sobre História Política e Administrativa do Brasil – 1500 a 1800. Livraria José Olympio Editora – MEC, 2ª Edição, 1975.
- GILISSEN, John.** Introdução Histórica ao Direito, 4ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian – Lisboa.
- GIORGIANI, Michele.** O Direito privado e suas atuais fronteiras, Revista dos Tribunais, Ano 87, n. 747, janeiro/1998.
- GOMES, Orlando.** Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. Martins Fontes, São Paulo, 2ª Edição, 2006.
- _____. **A Agonia do Código Civil**, Revista Ciência Jurídica, Ano II, volume 14, fevereiro – 1988.
- _____. **Direitos Reais**, Editora Forense, 19ª Edição, 2006 (atualizada por Luiz Edson Fachin).
- _____. **Novas Dimensões da Propriedade Privada**, Revista dos Tribunais, Ano 59, janeiro/1970, Volume 411 (pp. 11-14).
- _____. **Novos Temas de Direito Civil**, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1983.
- _____. **Contratos**, Forense, 17ª Edição (atualizada por Humberto Theodoro Júnior), 1997.
- _____. **A Reforma do Código Civil**, Publicações da Universidade Federal da Bahia, 1965.
- _____. **Direitos Reais**, Tomo 1, Forense, 3ª Edição, 1969. (A citação da 3ª Edição, já tendo sido citada a 19ª, justifica-se pelo fato de que, naquela edição, em dois volumes — diferentemente das edições seguintes, nas quais a obra aparece em um único volume —, o autor inseriu capítulo intitulado Transformações Gerais da Propriedade, contendo item sobre a “humanização da propriedade”, que não aparece nas edições posteriores, e que foi objeto de referência expressa na tese.)
- GOMES, Orlando e VARELA, Antunes.** Direito Econômico, Editora Saraiva, 1977.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha.** Tratado de Direito Civil – em comentário ao Código Civil português –, 1ª Edição brasileira, Max Limonad, volume XI, Tomo I.
- GRAU, Eros Roberto.** A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 11ª Edição, 2006, Malheiros Editores.
- _____. **Função Social da Propriedade** (Direito Econômico), *in* Enciclopédia Saraiva do Direito – Coordenação do Prof. R. Limongi França –, volume 39 (pp. 17-27).
- GRECO, Marco Aurélio.** IPTU – Progressividade – Função Social da Propriedade, *in* Revista de Direito Tributário, Ano 14, n. 52 (pp. 110-121), abril/junho de 1990.
- GROSSI, Paolo.** História da Propriedade e Outros Ensaios, tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca, Livraria e Editora Renovar Ltda., 2006.
- _____. **Primeira Lição sobre Direito**, Editora Forense, 1ª Edição, 2006, tradução de Ricardo Marcelo Fonseca.

- GROTIUS, Hugo.** O Direito da Guerra e da Paz (*De jure Belli ac Pacis*), 1º volume, tradução de Ciro Mioranza, Editora Unijui, 2ª Edição, 2005.
- GUEDES, Jefferson Carús.** Função social das “propriedades”: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social, *in* Aspectos Controvertidos no Novo Código Civil (Estudos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves – Coordenadores Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas), Editora Revista dos Tribunais, 2003 (pp. 343-360).
- GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez.** Introdução ao Derecho Constitucional y Derecho Privado, de Konrad Hesse, Editorial Civitas, S.A., Primera Edición.
- HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John.** O Federalista, tradução de Ricardo Rodrigues Gama, Russell Editores Ltda., 2003, p. 356.
- HART, Herbert Adolphus Lionel.** O Conceito de Direito, 4ª Edição, 2005, Fundação Calouste Gulbenkian (tradução de A. Ribeiro Mendes).
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich.** Princípios da Filosofia do Direito, tradução de Orlando Vitorino, Editora Martins Fontes, 3ª Edição, São Paulo, 2003.
- HESIODO.** Os Trabalhos e os Dias. Editora Iluminuras Ltda., 2002, tradução de Mary de Camargo Neves Lafer.
- HESPANHA, António Manuel.** Direito Luso-Brasileiro no Antigo Régime. Editora Fundação Boiteux, Florianópolis, 2005.
- _____. **Cultura Jurídica Europeia** – Síntese de um Milênio, Editora Fundação Boiteux, 1ª Edição, 2005.
- HESSE, Konrad.** Derecho Constitucional y Derecho Privado – traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez –, Editorial Civitas, S.A., Primera Edición.
- _____. **A Força Normativa da Constituição** – tradução de Gilmar Ferreira Mendes –, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.
- HOBBS, Thomas.** Leviatã, Editora Martins Claret, 2005, tradução de Alex Martins.
- HOBBSAWM, Eric J.** A Era das Revoluções, Paz e Terra, 21ª Edição, 2007, tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de.** Raízes do Brasil, 26ª Edição, José Olympio Editora, 1994.
- HORKHEIMER, Max.** Eclípsa da Razão, Centauro Editora, 5ª Edição, agosto/2003.
- JELLINEK, Georg.** Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi (traduzione italiana riveduta dall'autore sulla seconda edizione tedesca), Società Editrice Libreria, 1912.
- _____. **Teoria General del Estado** – tradução de Fernando de Los Rios, Editorial Albatros, Buenos Aires, Republica Argentina, 1981.
- JÚNIOR, Goffredo Teles.** Iniciação na Ciência do Direito, Editora Saraiva, 2001.
- JUNIOR, João Mendes.** Os Indigenas do Brazil – Seus Direitos Individuaes e Politicos, São Paulo, Tipografia Hennies Irmãos, 1912.
- JÚNIOR. Olímpio Costa.** A Relação Jurídica Obrigacional (situação, relação e obrigação em direito), Editora Saraiva, 1994.
- JUNQUEIRA, Messias.** As Terras Devolutas na Reforma Agrária, Editora Gráfica da Revista dos Tribunais S. A , São Paulo, 1964.
- _____. **Breve Introdução Histórica ao Direito Territorial Público Brasileiro**, *in* Revista de Direito Agrário n. 3, Ministério da Agricultura – INCRA.
- KANT, Immanuel.** A Metafísica dos Costumes, tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini, EDIPRO – Edições Profissionais Ltda., 1ª Edição, 2003.

- _____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**, Editora Martin Claret, 2005.
- KELSEN, Hans. Sociedad y Naturaleza – Una Investigación Sociológica**, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945. Tradução da edição original norte-americana Society and Nature, por Jaime Perriau.
- _____. **Teoria Pura do Direito**, Martins Fontes, São Paulo, 2006 (tradução de João BAPTISTA Machado).
- KRELL, Andreas Joachim.** Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre/2002.
- KOSSELLECK, Reinhart.** Futuro Passado (Contribuição à semântica dos tempos históricos), Contraponto Editora Ltda.– Editora PUC – Rio, 2006, tradução de Wilma Patricia Mass e Carlos Almeida Pereira.
- KUHN, Thomas S.** A Estrutura das Revoluções Científicas, Editora Perspectiva, 8ª Edição.
- LASSALE, Ferdinand.** A Essência da Constituição, 7ª Edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig.** Estado de Direito, in Dicionário de Filosofia, Editora Renovar, 2006, Coordenação de Vicente de Paulo Barreto.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes.** Direito das Obrigações, volume 1, 3ª Edição, Almedina, 2003.
- LETOURNEAU, Ch.** L'Évolution de La Propriété, Paris, Lecrosnier et Babé, Libraires-Éditeurs, 1889.
- LIMA, Frederico Henrique Viegas de.** Direito Imobiliário Registral na Perspectiva Civil-Constitucional, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.
- LIMA, Ruy Cirne.** Pequena História Territorial do Brasil – Sesmarias e Terras Devolutas, 4ª Edição, Ministério da Fazenda, ESAF – Escola de Administração Fazendária, Brasília – DF, 1988.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto.** Teoria Geral das Obrigações. Editora Saraiva, 2005.
- _____. **Constitucionalização do Direito Civil**, in Revista de Informação Legislativa – Senado Federal, n. 141, janeiro/março – 1999.
- _____. **A Repersonalização das Relações de Família**, in O Direito de Família e a Constituição de 1988, Coordenação de Carlos Alberto Bittar, Editora Saraiva, 1989.
- LOCKE, John.** Dois Tratados sobre o Governo, tradução de Júlio Fischer, Editora Martins Fontes, 1ª Edição (2ª tiragem), São Paulo, 2001.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa.** Curso de Direito Civil – Direito das Coisas –, volume VI, 4ª Edição, Freitas Bastos Editora, 1996.
- LORENZETTI, Ricardo Luis.** Fundamentos do Direito Privado, Editora Revista dos Tribunais (tradução de Vera Maria Jacob de Fradera), 1998.
- LOSANO, Mário G.** Os Grandes Sistemas Jurídicos, Editorial Presença (Portugal)/Martins Fontes (Brasil), 1979.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo.** A Propriedade como Relação Jurídica Complexa, Renovar, 2003 (Biblioteca de Teses).
- LOUREIRO, Waldemar.** Registro de Propriedade Imóvel, Rio de Janeiro, Forense, 1952.
- LOZARDO, Ernesto.** Globalização: a certeza imprevisível das nações. Lis Gráfica e Editora Ltda., São Paulo, 2007.
- LUHMANN, Niclas.** Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, tradução de Ignacio de Otto Pardo.

- MACEDO, Sílvio de.** Função, Enciclopédia Saraiva do Direito – Coordenação do Prof. Rubens Limongi França –, volume 38 (pp. 480-483).
- MACEDO, Ubiratan Borges de.** Liberalismo e Justiça Social. IBRASA – Instituição Brasileira de Difusão Cultural Ltda., 1995.
- MACHADO, Hermano Augusto Palmeira.** A função e a tipificação no direito de propriedade, *in* Reverer – Estudos Jurídicos em Homenagem à Faculdade de Direito da Bahia, 1891 – 1981, Editora Saraiva, 1981.
- MACHADO NETO, Antonio Luiz.** Compêndio de Introdução à Ciência do Direito, Editora Saraiva, 6ª Edição, 1988.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de.** Direitos Humanos (Sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade). Editor Juarez de Oliveira, 2000.
- MAGNOLI, Demétrio.** Globalização – Estado nacional e espaço mundial, 2ª Edição, 2007 (17ª impressão) Editora Moderna Ltda.
- MARQUES, Cláudia Lima.** A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?, *in* A Nova Crise do Contrato – Estudos sobre a Nova Teoria Contratual, Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. **Contratos de Time-Sharing e a Proteção dos Consumidores**, *in* Revista de Direito do Consumidor, n. 22, abril/junho de 1997.
- MARTIGNETTI, Giuliano.** Propriedade, *in* Dicionário de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Editora UnB, 10ª Edição.
- MARX, Karl.** Salário do Trabalho, *in* Manuscritos Econômico-Filosóficos, tradução de Alex Marins, Editora Martin Claret, 2001.
- _____. **O Capital** (edição resumida), LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 7ª Edição.
- MARX, Karl e ENGELS, Friedrich.** Manifesto Comunista, Bontempo Editorial, tradução de Álvaro Pina, 1ª Edição, março – 1998.
- MATTEUCCI, Nicola.** Liberalismo, *in* Dicionário de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Editora UnB, 10ª Edição.
- MENDES, Gilmar Ferreira.** Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade (Estudos de Direito Constitucional), Celso Bastos Editor, 2ª Edição, outubro/1999.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de.** **Tratado de Direito Privado**, Editora Bookseller, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Tomo 11.
- _____. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**, Forense, 2ª Edição, 1981.
- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino.** Natureza Jurídica das Sesmarias, Revista de Direito Agrária, n. 9, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA.
- MIRANDA, Jorge.** Manual de Direito Constitucional, Tomo IV (Direitos Fundamentais), Coimbra Editora, 1988.
- _____. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo I, Coimbra Editora, 4ª Edição, 1990.
- _____. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo II (Introdução à Teoria da Constituição), 2ª Edição, Revista, Coimbra Editora, 1988.
- _____. **Teoria do Estado e da Constituição**, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1ª Edição, 2002.
- MONDIN, Battista.** Curso de Filosofia, volume 1, Paulus, 12ª Edição, 2003.
- MORAES, José Diniz de.** A Função Social da Propriedade (e a Constituição brasileira de 1988), Brasília Jurídica/Malheiros Editores, 1999.

- MORAES, Maria Celina Bodin de.** O conceito de dignidade da pessoa humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, *in* Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado – Organizador Ingo Wolfgang Sarlet –, Livraria do Advogado Editora, 2ª Edição, pp. 112-113.
- _____. **A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil.** *In* Direito, Estado e Sociedade, volume 9, n. 29, julho – dezembro/2006.
- _____. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional,** *in* Revista de Direito Civil (Imobiliário, Agrário e Empresarial), ano 17, julho/setembro/1993.
- MORE, Thomas.** A Utopia, Editora Martin Claret, 2004.
- MOREIRA, Vital.** Economia e Constituição – para o conceito de Constituição Econômica. Faculdade de Direito de Coimbra, 1974.
- MUNZER, Stephen R.** A Theory of Property, Cambridge University Press – 1990.
- NEGREIROS, Teresa.** Teoria do Contrato: Novos Paradigmas, 2ª Edição, Editora Renovar, 2006.
- NUNES, António José Avelãs.** Uma Introdução à Economia Política. Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2007.
- NOGARE, Pedro Dalle.** Humanismos e Anti-Humanismos, Editora Vozes, 1994, 13ª Edição.
- OLIVEIRA, Guilherme de.** Um Direito de Família Europeu?, *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Studya Jurídica 64. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- PENTEADO, Luciano de Camargo.** Direito das Coisas, Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues.** Direito das Coisas, volume I, História do Direito Brasileiro, Obra fac-similar, Senado Federal, Brasília fevereiro/2004.
- PEREIRA, Virgílio de Sá.** Manual de Direito Civil Brasileiro, volume VIII, Edição Histórica (2ª Edição), Forense, 2007.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.** Derechos humanos e constitucionalismo ante el Tercer Milenio, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- PERLINGIERI, Pietro.** Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional, 2ª Edição, tradução de Maria Cristina De Cicco, Editora Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2002.
- _____. **Normas Constitucionais nas Relações Privadas,** *in* Revista da Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, UERJ – Renovar, 1998/1999.
- PIPES, Richard.** Propriedade e Liberdade, tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca, Editora Record, Rio de Janeiro – São Paulo, 2001.
- PLATÃO.** A República de Platão, tradução de Enrico Corvisieri, Sapienza Editora, 2005.
- POCOCK, John Greville Agard.** Virtue, Commerce, and History: Essays on Political Thought and History, Chiefly in The Eighteenth, Cambridge University Press, 1985 (Ideas in context).
- PORTO, Costa.** Estudo sobre o Sistema Sesmarial, Imprensa Universitária, Recife, 1965.
- _____. **Sesmarialismo e Estrutura Fundiária,** Revista de Direito Agrário n. 1, Ministério da Agricultura – INCRA.

- PORTO, Walter Costa.** O Voto no Brasil – Da Colônia à 6ª República. Topbooks Editora e Distribuidora de Livros, 2ª Edição, 2002.
- PRATA, Ana.** A Tutela Constitucional da Autonomia Privada, Livraria Almedina – Coimbra.
- PROUDHON, Pierre Joseph.** A Propriedade é um roubo (e outros escritos anarquistas). Seleção e notas de Daniel Guérin. Tradução de Suely Bastos. Coleção L&PM Pocket, 2006.
- _____. **O que é a Propriedade?** 3ª Edição, Editorial Estampa, Lisboa, 1997.
- RADBRUCH, Gustav.** Filosofia do Direito, Editora Martins Fontes, São Paulo, tradução de Marlene Hollzhausen, revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha, 2004.
- REALE, Miguel.** Questões de Direito Público, Editora Saraiva, 1997.
- _____. **Horizontes do Direito e da História,** Editora Saraiva, 3ª Edição, 2ª tiragem, 2002.
- _____. **Comentários sobre o projeto de Código Civil brasileiro,** Série Cadernos do Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários, n. 20.
- _____. **A Parte Geral do Novo Código Civil,** in Revista do Tribunal Regional Federal, 4ª Região, Ano 17, n. 60.
- _____. **Visão Geral do Novo Código Civil,** in Revista dos Tribunais, Ano 92, volume 808, fevereiro/2003.
- _____. **Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil,** de 16 de janeiro de 1975, in Novo Código Civil – Exposição de Motivos e Texto Sancionado, Senado Federal, Brasília – 2003.
- REGONINI, Gloria.** O Estado do Bem-Estar, in Dicionário de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Editora UnB, 10ª Edição.
- RIBAS, Antonio Joaquim.** Curso de Direito Civil Brasileiro, volume I, História do Direito Brasileiro, Obra fac-similar, Senado Federal, Brasília, junho/2003.
- RIBEIRO, Joaquim de Souza.** Constitucionalização do Direito Civil, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 74, 1998 (pp. 729-755).
- RIVERO, Juan e MOUTOUH, Hugues.** Liberdades Públicas (tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão), Martins Fontes, São Paulo, 2006.
- ROCHA, Manuel Antonio Coelho da.** Instituições de Direito Civil (Clássicos do Direito Brasileiro), Tomo II, Saraiva, 1984.
- RODOTÀ, Stefano.** El Terrible Derecho – Estudios sobre la Propiedad Privada, Editorial Civitas, S.A. – Prólogo y traducción de Luiz-Díez-Picazo –, 1986.
- _____. **Note Critiche in Tema di Proprietà,** in **Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Multa Paucis** – AG, Milano, Dott. ^a Giuffrè – Editore, 1960.
- RODRIGUES, Dirceu.** Brocardos Jurídicos. Typ. da Casa de Minerva – Neves & Guido. S. Simão – Estado de São Paulo, 1930.
- ROMANO, Santi.** Princípios de Direito Constitucional Geral (tradução de Maria Helena Diniz), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977.
- ROPPO, Enzo.** O Contrato. Livraria Almedina, Coimbra, 1988.
- RORTY, Richard.** Verdade e Progresso, Direitos Humanos, Racionalidade e Sentimentalidade, 1ª Edição brasileira, 2005, Editora Manole Ltda.
- ROSENFELD, Denis Lerrer.** Reflexões sobre o Direito à Propriedade, 3ª Tiragem, Elsevier – Campus Jurídico, 2008.

- ROUSSEAU, Jean-Jacques.** Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Tradução de Maria Ermantina Galvão, Martins Fontes, São Paulo, 2005.
- _____. **Do Contrato Social**, Editora Martin Claret, 2001.
- SALLES, José Carlos de Moraes.** A Desapropriação (À luz da doutrina e da jurisprudência) – 4ª Edição, Editora Revista dos Tribunais.
- SANTOS, Antonio Jeová.** Função Social do Contrato, 2ª Edição, Editora Método, São Paulo, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Souza.** O Brasil e as dores do pós-colonialismo. Caderno Constituição e Democracia (C&C) n. 7, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, setembro/2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang.** A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 7ª Edição, Livraria do Advogado Editora, 2007.
- SARTI, Amir José Finocchiaro.** A Constitucionalização do Direito Civil, *in* Revista Jurídica, Ano 51, Outubro/2003, n. 312.
- SCHIERA, Pierangelo.** O Estado Moderno, *in* Dicionário de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Editora UnB, 10ª Edição.
- SCHLATTER, Richard.** Private Property – The History of an Idea. New York & Russell, 1951.
- SGARBI, Adrian.** Clássicos de Teoria do Direito (John Austin, Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart e Ronald Dworkin), Lumen Juris Editora, 2006.
- SHELTON, Dinah.** Protecting Human Rights in a Globalized World, HeinOnline --- 25 B.C.Int'l Comp. L.Rev.273 – 322 (2002).
- SILVA, Clóvis V. do Couto e.** Miguel Reale, Civilista, *in* Revista dos Tribunais, Ano 80, outubro de 1991, volume 672.
- _____. **O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro** – Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Florença, em 06/05/1986, como Professor Visitante, a convite do *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giurídico Moderno*, *in* AJURIS – 40 (Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul),
- SILVA, José Afonso da.** Curso de Direito Constitucional Positivo, 20ª Edição, Malheiros Editores, 2002.
- _____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 6ª Edição, Malheiros Editores, 2003.
- _____. **Direito Urbanístico Brasileiro**, Malheiros Editores, 2ª Edição, 1995 (2ª tiragem – 1997).
- _____. **A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia**, *in* Revista de Direito Administrativo, n. 212, abr/jun 1998.
- SILVA, Virgílio Afonso da.** A Constitucionalização do Direito (Os direitos fundamentais nas relações entre os particulares), Malheiros Editores, 2005.
- SKINNER, Quentin.** As Fundações do Pensamento Político Moderno, Companhia das Letras, tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta, 2003.
- SMITH, Adam.** A Riqueza das Nações, tradução de Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky, Editora Martins Fontes, 1ª Edição, 2003, 1º volume.
- SODERO, Fernando Pereira.** Direito Agrário e Reforma Agrária, 2ª Edição, OAB/SC Editora.

- SODRÉ, Ruy de Azevedo.** Função Social da Propriedade. Empresa Gráfica da “Revista dos Tribunais”, São Paulo (sem data de edição).
- STEFANINI, Luiz de Lima.** *A Propriedade no Direito Agrário*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1878.
- STEINER, Udo.** Mudanças Profundas no Estado Social Alemão – Conferência proferida em setembro de 2007, na Escola de Magistratura Federal da 1ª Região – ESMAF, Brasília – DF.
- STOPPINO, Mario.** Poder, *in* Dicionário de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Editora UnB, 10ª Edição.
- _____. **Ideologia**, *in* Dicionário de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Editora UnB, 10ª Edição.
- STRAUSS, Claude Lévi.** Tristes Trópicos, Companhia das Letras (tradução de Rosa Freire D’Aguiar), 1996.
- STRECK, Lenio Luiz.** Jurisdição Constitucional e Hermenêutica (Uma Nova Crítica do Direito), Forense, 2ª Edição.
- TCHEKHOV, Anton.** Contos – Enfermaria n. 6, Editora Nova Cultural Ltda., 2003.
- TEPEDINO, Gustavo.** O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa, *in* Problemas de Direito Civil-Constitucional, Renovar, 2000.
- _____. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**, *in* Temas de Direito Civil, 3ª Edição, Renovar, 2004.
- _____. **Contornos Constitucionais da Propriedade Privada**, *in* Temas de Direito Civil, 3ª Edição, Renovar, 2004.
- _____. **A Nova Propriedade** (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição), *in* Revista Forense, n. 306, Ano 85, Abril/Maio/Junho/1989.
- _____. **Editorial: do Sujeito de Direito à Pessoa Humana**”, *in* Revista Trimestral de Direito Civil, Volume 2, Rio de Janeiro: Padma, janeiro/março/2000.
- _____. **Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira** [Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – 1999/2000], *in* Boletim da Faculdade de Direito, Studia Juridica, n. 48, Colloquia 6, Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, 2000.
- TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson.** A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro, *in* Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, n. 6 (pp. 101-119), julho/2005.
- TIMM, Luciano Benetti.** “Descodificação”, Constitucionalização e Descentralização no Direito Privado: O Código Civil ainda é útil?, Revista de Direito Privado, n. 27, Ano 7, junho/setembro/2006, Editora Revista dos Tribunais.
- TOBEÑAS, Jose Castan.** Derecho Civil Español Comum y Foral, 10ª Edição, Instituto Edidorial Reus, Madrid, 1964, II.
- TORRES, Ricardo Lobo.** Os Direitos Humanos e a Tributação (Imunidades e Isonomia), Livraria e Editora Renovar Ltda., 1995.
- VALLADÃO, Haroldo.** “Teixeira de Freitas, Jurista Excelso do Brasil, da América, do Mundo” – Código Civil – Esboço 1, Ministério da Justiça, Co-edição com a Universidade de Brasília, 1983.

- VARELA, João de Matos Antunes.** Das Obrigações em Geral, volume 1, 10ª Edição, Almedina, 2003.
- _____. **O Movimento de Descodificação do Direito Civil**, in Estudos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira, Forense, 1984.
- VARELA, Laura Beck.** Das Sesmarias à Propriedade Moderna: Um Estudo de História do Direito Brasileiro, Livraria e Editora Renovar, 2005.
- VAZ, Isabel.** Direito Econômico das Propriedades, Editora Forense, 1ª Edição, 1992.
- VERDÚ, Pablo Lucas.** A Luta pelo Estado de Direito (tradução de Agassiz Almeida Filho), Forense, 1ª Edição, 2007.
- VIDIGAL, Geraldo de Camargo.** Teoria Geral do Direito Econômico, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977.
- VIEHWEG, Theodor.** Tópica e Jurisprudência – Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos (tradução da 5ª edição alemã, revista e ampliada, de Kelly Susane Alflen da Silva), Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.
- VILLEY, Michel.** Les origines de la notion de droit subjectif. Archives de Philosophie du Droit – Déontologie et Discipline Professionnelle, Éditions du Recueil Sirey, Paris, 1953 – 1954.
- _____. **Direito Romano**, Editora Arcádia, Lisboa, 1973 — tradução de Maria Helena Nogueira.
- _____. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**, Martins Fontes, São Paulo, 2005.
- WALDRON, Jeremy.** The Right to Private Property, Clarendon Press – Oxford, 1988, Reprinted 2002.
- WEBER, Max.** Economia e Sociedade – Fundamentos da Sociologia Compreensiva, Editora UnB e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 4ª Edição, 2004, volume 1.
- WIEACKER, Franz.** História do Direito Privado Moderno, tradução de A.M. Botelho Hespanha, 3ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian/Lisboa, abril de 2004.
- WOLKMER, Antonio Carlos.** Elementos para uma Crítica do Estado. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990.
- ZAVASCKI, Teori Albino.** A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil, in A Reconstrução do Direito Privado (Organizadora – Jidith Martins-Costa), Editora Revista dos Tribunais, 2002 (pp. 843-861).
- ZOLO, Danilo.** Libertad, Propiedad e Igualdad en la Teoría de los “Derechos Fundamentales” (a propósito de um ensayo de Luigi Ferrajoli), in FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales, Edición de Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello, Editorial TROTTA, Segunda Edición, 2005.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)