

**Universidade do Vale do Rio dos Sinos**  
**Ciências Jurídicas**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito**  
**Nível Mestrado**

**Munira Hanna**

**As Propriedades como Forma Concretizadora de um  
(Re)Pensar da Propriedade**

**São Leopoldo**

**2006**

**Munira Hanna**

**As Propriedades como Forma Concretizadora de um  
(Re)Pensar da Propriedade**

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

**Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro**

**São Leopoldo**

**2006**

*Dedico este trabalho, in  
memoriam, a meu pai que me  
estimulou a entrar no mundo  
jurídico.*

## **Agradecimentos**

Ao encerrar esta etapa de estudos e pesquisas com a concretização da elaboração do presente trabalho, não poderia deixar de agradecer a todos que, de uma forma ou de outra, contribuíram para sua realização.

Em especial, agradeço aos Coordenadores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, Dr. LEONEL SEVERO ROCHA e Dr. LENIO LUIZ STRECK que me incentivaram, por meio de atos concretos, a chegar a este momento significativo de entrada no mundo da pesquisa.

Agradeço, com especial referência, ao meu orientador, Dr. DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, pela oportunidade de compartilhar com o seu saber e por fazer acreditar na possibilidade de concretizar a meta a que nos propomos.

Aos meus familiares agradeço pela compreensão nas ausências decorrentes das horas de estudos.

## RESUMO

É a partir de uma visão histórica e doutrinária que evolui para a atualidade que o trabalho mostra a mudança do conceito de propriedade do singular para o plural, e as principais modificações que ocorreram com a repersonalização do direito privado e a exteriorização da função social da propriedade. No estudo dos filósofos Thomas Hobbes, John Locke e Immanuel Kant e na análise crítica de diversos doutrinadores, buscamos as noções sobre aquisição da propriedade e o despertar do interesse coletivo e social. Paralelamente, procedemos à abordagem sobre os problemas urbanos de moradia no Brasil, com enfoque personalista da propriedade em busca da conscientização e solução para os problemas de moradia, a fim de assegurar a todas as pessoas o direito de ter um lugar adequado e digno para viver. A problemática continua em aberto, com a necessidade de buscar soluções para a questão da moradia e de assegurar a todas as pessoas o direito de serem proprietárias.

**Palavras-chaves:** Direito privado, propriedade, repersonalização, função social, dignidade.

## **ABSTRACT**

Rethinking the concept of property, from an evolution on the concept of collectiveness rather than individuality, has lead us to a change of mentality in which the individual, with his autonomy and dignity, arises and demands that the state meets his fundamental needs. It is our intention to show the changes such concept has undergone, and the main modifications that have taken place in relation to the repersonalization of private law and the exteriorization of the social function of property rights from a historical and doctrinal viewpoint to an updated one. We have searched the core ideas in the studies conducted by philosophers such as Thomas Hobbes, John Locke and Immanuel Kant, with emphasis on property acquisition, collective and social interests as well as a critical analysis on the viewpoints of several theorists. We have also studied urban housing problems from a personalist viewpoint on property aiming at drawing people's attention and searching for solutions in order to make sure everyone has an adequate and dignifying place to live in. Thus the problem remains unsolved, it is necessary to continue pursuing solutions to assure everyone becomes a homeowner.

**Key words:** private law, property, repersonalization, social function of property rights, dignity.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	8
1 HISTÓRICO DA CONFIGURAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE .....	12
1.1 Renascimento do Direito Natural .....	28
1.2 Visão de Thomas Hobbes .....	31
1.3 Concepções de John Locke .....	42
1.4 Os Limites da Propriedade .....	50
1.5 A Propriedade a Partir de KANT .....	55
2 CRÍTICA À PROPRIEDADE PRIVADA INDIVIDUAL .....	65
2.1 Teoria de Locke na Perspectiva de C.B. Macpherson .....	65
2.2 Concepção Aberta e Plural de Propriedade .....	75
2.2.1 Visão de GROSSI .....	75
2.2.2 Perspectiva de RODOTÁ .....	99
2.3 A Função Social da Propriedade .....	110
2.3.1 A função social da propriedade e o seu desenvolvimento legislativo .....	121
2.4 Repersonalização e Constitucionalização: Superação do Paradigma Patrimonialista .....	123
2.5 Conceito de “Pessoa” e a Noção de Constitucionalização .....	127
3 A PROPRIEDADE URBANA RE-LIDA SOB A ÓTICA DO NOVO DIREITO DE PROPRIEDADE .....	140
3.1 Problemas Urbanos de Moradia no Brasil e a Proximidade do Enfoque Personalista da Propriedade Urbana à Problemática da Moradia .....	140
3.2 Legislação Vigente no Brasil, a Partir dos Marcos Funcionalistas, Personalista e Constitucionalizados, Tendo em Vista o Contexto Concreto Apresentado pela Dinâmica das Cidades Brasileiras. ....	151
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	158
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	164

## INTRODUÇÃO

O direito de propriedade está a exigir um repensar do conceito de propriedade na sociedade atual, ao recolocar o indivíduo, como ser coletivo, no centro dos interesses e numa perspectiva de igualdade substancial. É na busca de um novo direito de propriedade que nos reportaremos ao quadro histórico, em especial, ao período medieval, para entender que não há apenas uma propriedade singular, mas diversas propriedades que decorrem da multiplicidade de estatutos. Destacamos, no entanto, que não deixa de existir a individualidade dentro do contexto plural da propriedade, pois no centro de todo interesse proprietário está a pessoa humana, o que leva à repersonalização do Direito Privado.

A evolução do conceito de propriedade se fez necessária, em razão das transformações que se operaram na complexa sociedade moderna, levando à reconstrução, de forma realista, das mudanças de funções da propriedade privada. Hoje, volta-se a colocar em destaque os atributos clássicos do direito de propriedade, com tutela a interesses socialmente relevantes, garantindo a satisfação das exigências e das necessidades essenciais do indivíduo. Busca-se, através das técnicas de propriedade, afastar a exclusão social, transformando o discurso para acessibilidade, ao assegurar ao indivíduo a satisfação de suas necessidades essenciais, como a garantia ao trabalho, à moradia e a algumas prestações sociais.

É nesse contexto que passaremos a repensar a propriedade privada que deixou de configurar um direito individual, subjetivo, para constituir uma situação complexa, na qual estão presentes deveres e obrigações de caráter social.

Por isso, no aprofundamento deste repensar da propriedade, abordaremos questões como o individual e o coletivo; o público e o privado; a repersonalização do direito e, em especial, a função social da propriedade, a partir de noções propostas pelos filósofos da modernidade. Nosso enfoque é a evolução do conceito de propriedade do singular para o plural, com todas as inquietações que envolvem o tema da propriedade.

O título do presente trabalho, “As Propriedades como Forma Concretizadora de um Re(Pensar) da Propriedade”, sugere o enfoque que pretendemos dar à propriedade, com interesse voltado ao coletivo, face às transformações que se operaram no contexto da complexa sociedade em que vivemos. É um repensar do conceito plural, com objetivo de concretizar os direitos fundamentais dos indivíduos.

A abordagem do tema será realizada, a partir do enfoque histórico, com acento especial no período medieval, evoluindo para a atualidade, através de fundamentos doutrinários que possibilitem a justificação do conceito de propriedade singular para plural, as formas de aquisição de propriedade e as funções do Estado.

A proposta é analisar o tema em três capítulos. O primeiro será dedicado ao histórico da configuração do direito de propriedade, iniciando com o período primitivo, em que se destacava a propriedade coletiva; os modelos de organização da propriedade privada adotados pelos Romanos e Gregos; ênfase na distinção entre posse e domínio; noções sobre o direito subjetivo, de usar, dispor e fruir do bem; a propriedade individual e coletiva; a propriedade privada e a religião; a evolução do conceito de propriedade. Nessa linha de investigação histórica da propriedade, passaremos a dar uma visão do período medieval, período em que ocorreram os primeiros esforços para a formulação de um direito objetivo; em que encontramos as regras de direito público e privado; o surgimento de novas formas inovadoras de propriedade; o desenvolvimento de cidades e vilas; a forma individualista de propriedade; e, como traço de ordenação jurídica, focalizaremos a inversão da relação homem-natureza, com novos valores impressos no mundo

jurídico. Veremos que o cânon construtivo da nova civilização são as coisas. É uma civilização possessória que substitui a mentalidade proprietária romana; novas definições e novas posturas abrem caminho para que o Direito se coloque no centro do social. Na Idade Moderna, a propriedade passou a ser exaltada como um direito fundamental, tendo como marco a Revolução Francesa. Destacaremos uma breve visão do Direito Natural e um estudo particularizado de sua definição.

Como o tema da propriedade privada tem motivado discussões, a partir das teorias dos filósofos clássicos, com temas ligados à posse e às ocupações de terras, à necessidade de regularização de inúmeros lotes urbanos; procedimentos adequados e céleres para a solução de litígios, passaremos a analisar o papel do Estado frente à sociedade e à propriedade. Para tanto, serão abordadas as teorias de Thomas Hobbes, John Locke e Immanuel Kant, dando ênfase à aquisição, limites e à função social da propriedade.

No segundo capítulo, passaremos à crítica à propriedade privada individual, através de uma concepção social e funcionalizada da propriedade, com análise de Locke na tese de C.B. Macpherson; à concepção aberta e plural da propriedade em Paolo Grossi e Stefan Rodotà, partindo das noções apresentadas por ambos à concepção atual da função social da propriedade.

No contexto da complexa sociedade contemporânea, como forma de situar as transformações que ocorreram no Direito Civil, passaremos à conceituação de repersonalização e de constitucionalização do Direito Privado, numa superação do paradigma patrimonialista e à análise do conceito de “pessoa”.

No terceiro capítulo, abordaremos a propriedade urbana lida sob a ótica do novo direito de propriedade, destacando os problemas urbanos de moradia no Brasil e a análise da proximidade do enfoque personalista da propriedade urbana à problemática da moradia. Nesse, procuraremos enfatizar o direito que todas as pessoas têm a um lugar adequado para viver, assegurando o direito a uma moradia digna. Ao analisar a realidade social e o processo histórico, pretendemos buscar soluções para o problema de moradia, com a valorização do ser humano, sujeito com direito a uma vida digna e ao bem-estar. A partir dessa problemática,

passaremos a analisar a legislação vigente no Brasil, tendo por base os marcos funcionalista, personalista e constitucionalizado.

A matéria é vastíssima e não pretendemos esgotá-la, pois apresenta muitos enfoques que poderão ser desenvolvidos separadamente, comportando um estudo mais pormenorizado da matéria. Nossa pretensão é apresentar a visão de um novo direito de propriedade, voltado para os interesses do homem na dinâmica sociedade da atualidade.

# 1 HISTÓRICO DA CONFIGURAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Ao traçar um panorama histórico da propriedade, destacamos a coletiva como sendo a mais antiga forma de propriedade. Nessa, os integrantes da comunidade tinham direito temporário ao uso e ao gozo sobre determinadas coisas, sendo esse direito marcado pela intransmissibilidade. Entre os povos primitivos, o que contava era a comunidade e não o indivíduo, pois havia mais terras do que interessados em seu uso, gozo e domínio. Não havia disputa e cobiça entre os primitivos ocupantes da terra, pois havia terra em demasia que era usada pelos habitantes primitivos que viviam da caça, da pesca ou ainda do pastoreio.

Nesse período primitivo, não se pode confundir a propriedade coletiva da terra com uma forma geral da propriedade, pois havia a propriedade individual dos bens ou objetos de uso pessoal, como os alimentos, o vestuário, a habitação, os objetos de caça e pesca, que sempre existiu.<sup>1</sup> Conforme COSTA, essa propriedade individual “[...] sempre existiu, por ser um sentimento inato e instintivo tanto no homem adulto como a criança e até nos irracionais. Ninguém ousaria subtrair-lhes o alimento ou a moradia sem sujeitar-se à violenta reação.”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> “As formas de propriedade pessoal apresentam-se como pertenças sob o aspecto da participação mística das coisas no ser humano. Por outro lado, esta pertença não diz respeito ao indivíduo, mas às linhagem, ou mesmo ao clã de que faz parte; pois tudo entra na comunidade da linhagem ou clânica. Esta pertença tem um caráter sagrado, ela é inviolável, sob pena de sanções sobrenaturais; os bens são em princípio inalienáveis. [...]”. (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003, p. 44.)

<sup>2</sup> COSTA, Dilvanir José. Direito Real. **Revista dos Tribunais**. v. 782, a. 89, p. 727-736, dez. 2000.p. 732.

A propriedade da terra estava vinculada à existência de agrupamentos humanos e familiares.<sup>3</sup> Partiu da forma coletiva para a individual, o que foi desencadeado pelo progresso civil dos povos antigos. A propriedade denominada familiar vigorava na Grécia Antiga, com a adoção da prática de divisão e atribuição de terras entre os clãs, expandindo-se para a forma de propriedade plena individual com o aparecimento da economia monetária.<sup>4</sup> A propriedade individual era limitada aos bens móveis.

Neste particular convém destacar as idéias de Gesta Leal, para quem

Havia duas formas de propriedade coletiva em Roma: a da cidade (*gens*) e, depois, a da família. No período antigo, a propriedade seria da cidade, embora já não se desse a cada indivíduo mais do que uma faixa de terra reduzida; as pastagens pertenciam a todos, sendo certo que fortalecia a idéia de propriedade coletiva o fato de só se admitir como bens alienáveis os móveis.<sup>5</sup>

É preciso entender como se forma a *gens*. Ensina-nos Jhering que elas pertencem ao princípio da família; as cúrias e as tribos, como poder real, nascem da constituição militar. Nega que as *gentes* repousem sobre o princípio da família, dizendo que não se deu a esse assunto toda a importância real que possui. Diz que

Pouco importa, efetivamente, que os membros de uma mesma *gens*, tenham, em realidade, o mesmo fundador comum, que a idéia de parentesco se haja apagado por completo com o decorrer do tempo, e que a *gens* se tenha convertido em uma corporação política comum. O essencial é verificar se a *gens*, em todo seu espírito de organização, repousa originariamente sobre a idéia da união das famílias.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Sobre a existência de agrupamentos humanos e familiares, no pensar de Jhering, 1943, p. 134, “A antiga associação política, [...] amalgama esses dois princípios – de coordenação e de subordinação. Assim, o Estado antigo tem suas raízes na família e, elevando seu tronco, espargue as ramagens na organização militar; ou em outros termos, as *gentes* e o respectivo lugar que ocupavam indivíduos no seio delas, se fundam na idéia de família, as cúrias, as tribos (*sic*), com seus chefes e o rei, no interesse militar”. Como bem destaca o mesmo autor, “O papel que desempenha a família, no regime antigo, difere essencialmente, do que assumiu no direito moderno. A família é, atualmente, uma entidade de direito privado puro, sem importância política imediata e só se relaciona com o direito em suas duas espécies mais íntimas: a *pátria potestas* e o matrimônio; o laço fraternal não se pode considerar como uma relação jurídica”. Concluímos que a propriedade da terra estava vinculada a esses agrupamentos humanos, formados pelas *gentes* e familiares.

<sup>4</sup> Destaca Gilissen (2003, p. 78) que “O direito privado grego melhor conhecido é o de Atenas; na época clássica (século V e IV a.C.), esse direito era muito individualista, permitindo ao cidadão dispor livremente de sua pessoa e dos seus bens. Encontram-se mesmo regras jurídicas mais favoráveis à liberdade individual que no direito romano clássico”.

<sup>5</sup> LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 40.

<sup>6</sup> JHERING, Rudolf Von. **O espírito do direito romano**. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 138.

Um dos modelos de organização da propriedade que considera, em especial, os aspectos normativos formalizados pelos seus juristas foi legado ao Ocidente pelos Romanos. Esses não definiram o direito de propriedade, sendo importante destacar que a palavra *proprietas* surgiu somente na fase romano-bizantina. Os romanos, na fase antiga, utilizavam unicamente “domínio”. O direito romano fazia a distinção entre “posse” e “domínio”, dizendo que aquela era um poder de fato, ligada ao possuidor, enquanto esse se constituía de um poder de direito, ligado ao proprietário. O termo *dominium*<sup>7</sup> passou a exprimir o poder do proprietário sobre a coisa que lhe pertencia, ou a soma de poderes que lhe competia, encerrando um conteúdo que se encontra na palavra “propriedade”.

Caracteriza-se o domínio por uma soma de direitos subjetivos sobre a coisa, como de usar, dispor e fruir do bem. De cada direito subjetivo decorre uma pretensão que é decorrente do direito de fruir do bem, de extrair os frutos que advém do mesmo, sejam eles civis, comerciais ou industriais. Retira-se da coisa os frutos que se constituem no bem objeto da vida e que proporcionam o gozo.

Nessa fase, deparamos-nos com a propriedade coletiva, embora cada indivíduo recebesse uma faixa de terra, ainda que reduzida, mas as pastagens pertenciam a todos. Ainda não está presente o individualismo e o sentido de propriedade privada como conhecemos na atualidade.

Com o decorrer do tempo, desapareceu a propriedade coletiva e surgiu a propriedade familiar, destacando a figura do *pater familias*.<sup>8</sup> Primeiro foi apresentada

---

<sup>7</sup> O *dominium* y la potestas são dois caracteres jurídicos diferentes do direito romano que sempre estão ligados à realidade, na relação entre o senhor e o escravo. Sobre esses, afirma SAVIGNY, M.F.C. de. **Sistema del derecho romano actual**. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878. v. 1, p. 239, “El *dominium* consistió en un verdadero derecho de propiedad pura; de manera que el esclavo, completamente asimilado a una cosa, podía ser vendido en plena propiedad y ser objeto del usufructo, del uso y de la prenda; y el señor tenía, respecto de él, la reivindicación y todas las acciones introducidas para proteger la propiedad. La potestas colocaba al esclavo dentro de la familia, y tenía gran analogía con el poder paterno que le servía de tipo. Esta analogía aparece manifiesta en el derecho de propiedad que el padre gozaba anteriormente sobre sus hijos con el nombre mismo de potestas, en la incapacidad, común al hijo y al esclavo, de adquirir por sí mismos, la cual tenía consigo la capacidad necesaria de adquirir para el padre ó para el señor y, por último, en los peculios”.

<sup>8</sup> Sobre o aparecimento da propriedade individual, merece referência a abordagem de Gilissen (2003, p. 45): “Na sequência da sedentarização, a colheita dá lugar à agricultura; desde então, a tomada de posse comum do solo generaliza-se e torna-se mais permanente. Uma vez que os clãs sedentários formam uma aldeia, a comunidade aldeã substitui a comunidade clânica que no entanto não desaparece; a solidariedade aldeã aparece ao lado da solidariedade clânica. Os clãs no interior das etnias, as famílias no interior das clãs fixar-se-ão cada um às “suas” terras, dando assim a distinção entre terras comuns cujo uso pertence à comunidade clânica ou étnica (florestas, pastos, charnecas, etc.). Assim aparece a noção de propriedade familiar, depois individual do solo, e ao mesmo tempo a de sucessão imobiliária e de alienabilidade dos imóveis.”

uma propriedade individual sobre os objetos usados por cada uma das pessoas, necessários à sua existência; após, surgiram os objetos produzidos para o uso de cada indivíduo, porém suscetíveis de troca com outras pessoas, embora sendo de uso particular; foi dessa evolução que adveio a propriedade de tudo quanto fosse necessário à produção de mercadorias. Com o tempo, o direito absoluto de propriedade romana foi sofrendo limitações de ordem pública, privada, ética, higiênica ou prática. Admitiu-se o uso e o gozo da propriedade e, até abusar dela, desde que não causasse danos à propriedade ou aos direitos dos outros, já havendo preocupação com o direito de vizinhança.

Na sociedade romana existiam várias concepções da origem da propriedade que nos são expostas em diferentes abordagens. Destacamos, em primeiro lugar, que a estrutura social de Roma estava assentada na figura do *pater familias*, posição ocupada por indivíduos reconhecidos como cidadãos que detinham capacidades e responsabilidades plenas junto aos membros de sua família e da sociedade. O *pater* tinha o domínio sobre seu território, sobre os homens e sobre as coisas ligadas à vida da família. Ele expressava sua força soberana e sua autonomia sobre os bens e as pessoas da família. Cabia a ele dar uma conotação de valor social aos distintos bens, sendo de caráter coletivo, aos primeiros, e individual, aos segundos. Coexistia a propriedade coletiva e individual, sem indicação de qual foi a precedente.

No período clássico romano não encontramos a existência da propriedade coletiva e individual, mas a afirmação do Estado-cidadão, com a quase exclusiva identificação da estrutura familiar.

Por outro lado, a visão da propriedade romana arcaica, mais provável, era a propriedade conjunta e não a propriedade separada. Os esclarecimentos sobre as formas de propriedade nos foram apresentados pelos direitos de famílias e de grupos aparentados. É através da jurisprudência romana, transformada pela Teoria do Direito Natural, que os juristas modernos têm a impressão de que a apropriação individual era o estado normal do direito de propriedade e de que a apropriação em comum por grupos de homens é apenas a exceção à regra geral. Este é o pensamento de Henry Maine que não vê, como correto, o princípio de que tudo deve

ter um proprietário, pois é incoerente com a incerteza e pouca freqüência com que a propriedade individual é observada nos primórdios da civilização.<sup>9</sup>

Émile de Laveleye, professor belga, nega que a propriedade moderna possui seu nascedouro no Direito Romano. Acompanha o pensamento de Maine, ao concordar com a idéia de que a propriedade individual, como a da sociedade do século XIX, não se vincula funcionalmente com o estado natural nem nasce diretamente dele. Afirma que a propriedade é um sentimento histórico e o fruto maduro de uma sociedade individualista e, portanto, um fruto bastante recente na história da civilização humana.<sup>10</sup>

A concepção de Fustel de Coulanges é de que os antigos fundamentaram o direito de propriedade em princípios diferentes dos adotados pelas gerações presentes. Afirma que existiram povos que nunca chegaram a instituir a propriedade privada entre si, e outros, que só demorada e penosamente a estabeleceram. Os Tártaros admitiam o direito de propriedade, quando se tratava de rebanhos, mas não o concebiam, quando se tratava do solo. Entre os germanos, segundo alguns autores, a terra não pertencia a ninguém; cada ano, a tribo indicava a cada um dos seus membros o lote para cultivar, e mudava o lote, no ano seguinte. O germano era proprietário da colheita, mas não da terra. O mesmo ainda acontece com parte do povo semita e com alguns povos eslavos.<sup>11</sup>

A noção de propriedade individual, quanto aos bens móveis, que são aqueles que constituem o patrimônio da pessoa como os objetos de uso pessoal, era conhecida pelos germanos. Já quanto à propriedade imobiliária, não ocorria da mesma forma, pois o solo não podia ser objeto de apropriação individual, sendo admitida, de certa forma, a apropriação comunitária. Duas formas de propriedade comum eram admitidas entre os germanos: a propriedade do clã e a da família. A propriedade comum do clã ocorria no momento em que esse se fixava em determinado território e tomava posse da terra de que necessitava para sua habitação e cultura. Também ocorria a apropriação comum pela família, estando

---

<sup>9</sup> MAINE, Henry S. **Ancient law**. London: J.M. Dente & Sons, 1954, p. 151.

<sup>10</sup> *Apud* PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **A propriedade privada no direito romano**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p.159;

<sup>11</sup> COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 59.

ligada ao solo em que edificavam sua moradia, às terras ao redor dessa, e ao solo em que estavam enterrados seus antepassados.<sup>12</sup>

Para Fustel de Coulanges<sup>13</sup> a idéia de propriedade privada, fazia parte da própria religião. Cada família tinha seu fogo sagrado e seus antepassados. Esses deuses só podiam ser adorados pela família e só protegiam a família. Eram propriedade dela. Assentado o lar, deus se instalava nele para todo o sempre, enquanto a família existisse e dela restasse alguém para conservar a chama em sacrifício. Era assim que o lar tomava posse do solo; apossava-se da terra, e a fazia sua. Ela era propriedade dele. A família, por dever e religião, ficava em redor do seu altar, fixava-se no solo, como o próprio altar. A idéia de domínio surgia espontaneamente, e a família ocupava para sempre esse lugar que lhe pertencia como propriedade familiar. A propriedade não era apresentada como coletiva, mas familiar. A partir da análise das crenças e dos costumes dos diversos povos, conclui que foi a religião doméstica que ensinou o homem a apropriar-se da terra e a assegurar-lhe o direito sobre ela.

As populações da Grécia e da Itália, desde a mais remota antiguidade, sempre conheceram e praticaram a propriedade privada, enquanto havia povos que não concediam ao indivíduo a propriedade do solo, mas facultavam a ele os frutos do seu trabalho. Entre os gregos, em algumas cidades, os cidadãos eram obrigados a ter em comum as colheitas, devendo usufruí-las em comum. O indivíduo não era senhor absoluto do trigo que era colhido, mas tinha a propriedade absoluta do solo. A concepção de propriedade seguia a ordem inversa, ou seja, primeiro sobre a colheita e depois sobre o solo.

Afirma Coulanges que

Há três coisas que, desde as idades mais antigas, se encontram fundadas e solidamente estabelecidas pelas sociedades gregas e itálicas: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade, três coisas que tiveram, entre si, na origem, patente relação e que pareceram ter sido mesmo inseparáveis.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> GILISSEN, op. cit., p. 638.

<sup>13</sup> COULANGES, op. cit., p.60-66.

<sup>14</sup> Id. ibid., p. 60.

Como a idéia de propriedade fazia parte da própria religião e cada família tinha seu fogo sagrado e seus antepassados, o lar tomava posse do solo e faz desta parte da terra sua propriedade.

Coulanges relaciona a propriedade com a família.

E a família, que por dever e religião fica em redor do seu altar, fixa-se no solo, como o próprio altar. A idéia de domicílio surge espontaneamente. A família está vinculada ao fogo e este, por sua vez, encontra-se fortemente ligado ao solo; estreita conexão se estabeleceu, portanto, entre solo e família. Neste, no solo, deve ter a sua residência permanente, nunca pensando em deixá-la, a não ser quando alguma força superior a isso a constringe. Como o lar, a família ocupará sempre esse lugar. Esse lugar pertence-lhe, é propriedade sua, propriedade não de um só homem, mas de uma família, cujos diferentes membros devem vir, um após outro, nascer e morrer ali.<sup>15</sup>

Nessa abordagem, vimos que foi a religião doméstica que ensinou o homem a apropriar-se da terra e a assegurar-lhe o direito sobre ela. Como a propriedade surgiu inerente à religião doméstica, a família não podia renunciar nem a uma nem a outra. A casa e o campo eram vinculados à família e ela não os podia perder nem lhes abandonar a legítima posse. A religião e a família conduziam à propriedade do solo em que está estabelecido o lar.

Podemos concluir que, na origem da civilização romana, encontramos a família como a célula básica da organização social. Nela, o *pater familias* exercia o poder que, embora aparentasse ser individual, era exercido em benefício da coletividade, ou seja, da família romana. O poder, centralizado no *pater familias*, mesmo com sua morte não terminava, pois o substituto era previamente designado pelo antecessor.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> COULANGES, op. cit., p. 60. No mesmo sentido, à respeito do solo, diz Gilissen (2003, p. 45), que “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. O mediador entre o grupo e estas forças é muitas vezes necessário; é o “chefe da terra”, que pode ser o chefe do clã, mas pode também ser um outro homem que se identifique com a terra”.

<sup>16</sup> Afirma-nos SAVIGNY (1878, p. 253) que “Cabe desde luego conservar á la propiedad de estos bienes su carácter de propiedad privada, haciendo sobrevivir, por una especie de ficción, la personalidad del antiguo propietario, y esto de dos maneras: estableciendo que la voluntad del individuo, expresada durante su vida, puede continuar rigiendo sus bienes después de su muerte (testamento, disposiciones por causa de muerte), ó que aquellos que estaban más cerca de la persona del propietario difunto pueden continuar la propiedad (sucesiones abintestato), y en este punto el parentesco debe tener una gran influencia (§ 53), puesto que perpetúa la personalidad del individuo”.

Após, com o fortalecimento do Estado Romano, esse assumiu as tarefas da ação política, e as antigas comunidades familiares perderam a sua razão de ser. Do *pater familias* ao fortalecimento da soberania do Estado pelas transformações de relações econômicas praticadas na sociedade romana, evoluiu a concepção de propriedade romana.

Foram as transformações econômicas da sociedade que exigiram uma especialização dos poderes do *pater familias*, e foi o surgimento de novas atividades econômicas e da produção agrícola que determinaram uma revalorização da importância econômica e social das coisas, provocando o surgimento de uma nova forma de expressão das relações com as coisas: *o dominium*.<sup>17</sup>

Houve um período de transição entre o antigo conceito de propriedade romana e o conceito do direito clássico, a partir da República, com diferenciação dos conceitos jurídicos e modificações no direito processual civil. A partir da República tardia foi que os termos *dominium* e *proprietas* aparecem como termos técnicos. No período pré-clássico e clássico do direito foram conhecidas várias formas de propriedade.

Nesta linha de investigação da história da propriedade, passaremos a dar uma visão do período medieval, tomando por base os registros históricos de Gilissen.<sup>18</sup>

No período medieval, ocorreram mudanças consideráveis, a partir do século XIII até o final da Idade Média. Ainda subsistiam as instituições feudais, e o poder real ganhava força na Inglaterra e na França. O poder estava concentrado nas mãos de poucos. Foi nesse período que apareceu a noção de Estado, como um corpo político juridicamente estruturado, e a hierarquia feudal foi suplantada por uma organização administrativo-estatal.

Na Idade Média, reapareceu a lei como fonte de direito, mas o costume persistiu, em especial no direito civil, como fonte de direito. No entanto, a atividade legislativa continuou restrita ao direito administrativo e ao direito canônico, com

---

<sup>17</sup> PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **A propriedade privada no direito romano**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 186-187

<sup>18</sup> GILISSEN, op. cit., p. 239-241.

apogeu nos séculos XII e XIII, já se encontrando mais ou menos e sistematicamente codificado, sendo objeto de estudo pelos juristas. Também exerceu influência sobre certas partes do direito consuetudinário laico, mais precisamente sobre o processo. Sua decadência ocorreu no século XIV.

O estudo do direito romano renasceu, passando as compilações a serem objeto de estudo aprofundado. Ele passou a penetrar cada vez mais na prática, existindo uma verdadeira recepção do direito romano como direito subsidiário na maior parte dos países da Europa Ocidental.<sup>19</sup> As partes deixaram de buscar solução para seus conflitos em Deus e passaram a buscar soluções através de juízes e árbitros, através da investigação da verdade e de suas decisões. Surgiu a Justiça e a equidade como fundamento do direito. O direito objetivo sobrepôs-se ao direito subjetivo. Na formulação das regras jurídicas, de uma forma quase exclusiva, houve uma tendência para os enunciados de direitos subjetivos. O direito, de uma ou de certas pessoas, passou a ser utilizado a uma ou a algumas outras pessoas.

Os primeiros esforços para a formulação de um direito objetivo surgiram em toda a Europa a partir do século XII. São regras de direito aplicáveis a todos os habitantes de um território ou a todos os membros de um determinado grupo social que gozavam de autonomia política. Encontramos aí, as regras de direito público e privado que concedem privilégios às cidades; as primeiras coletâneas de direito redigidas em alguns principados; assim como os primeiros atos legislativos dos soberanos e dos grandes senhores.

Destaca-nos Savigny, as mudanças ocorridas no direito germânico.

[...] En la Edad Media muchas instituciones nuevas tomaron nacimiento en el seno del derecho germánico, y en ellas, como en las instituciones romanas, domina el elemento moral; y si se quiere apreciar justamente su naturaleza, es preciso referirlas unas al derecho de familia y otras al derecho público, al menos en parte; así sucede con el sistema de los feudos donde

---

<sup>19</sup> Sobre a subsidiariedade do Direito Romano, afirma-nos FRADERA, Vera Maria Jacob de. (Org.) **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 14-15, que “Houve prevalência absoluta do raciocínio segundo o Direito Romano, que era, aliás, juntamente com o Direito Canônico, Direito subsidiário, isto é, o conjunto de regras aplicáveis quando a espécie não estivesse prevista nas aludidas Ordenações. [...] No sentido de manter íntegro o sistema de Ordenações, as lacunas eram preenchidas pela aplicação do Direito Romano e do Canônico e, no que fossem omissos, pelas glosas de Acúrsio e Bártolo, salvo se fossem contrárias à *communis opinio doctorum*”. É o restabelecimento do Direito Romano que passa a ser utilizado na prática de forma subsidiária.

existen numerosas relaciones entre los vasallos y los señores, y sobre todo con la servidumbre de la gleba [...].<sup>20</sup>

No período medieval, as mudanças que começaram a ocorrer na Europa tiveram início com a queda do Império Romano, atingindo, especialmente, ao Direito Medieval. Como nos diz Grossi,

El Derecho medieval se revela con toda su singularidad: un universo jurídico provisto de valores peculiarísimos, separado del moderno por una profunda ruptura en la medida que está concebido, sentido, construido con una función, sentido, construido con una función y en un espacio absolutamente singulares en relación con lo social y lo político. Un Derecho sin Estado, un Derecho que, sin vincularse a fuertes manifestaciones del poder político sino permanecido en estrecha alianza con la completa sociedad civil en toda sua complejidad, no aparece fragmentado conforme a las diversas soberanías (como ocurre en la amplia *koiné* unitaria, articulada (pero no fragmentada) en autonomías. El Derecho medieval, por tanto, no es Derecho auténticamente europeo, que porta en sí muchas manifestaciones autónomas pero al que tales autonomías jamás le hacen perder su calidad de tejido esencialmente supranacional. [...] no es solamente un mensaje histórico inconfundible, sino un precioso momento dialéctico para nuestro inquieto espíritu contemporáneo [...].<sup>21</sup>

Na Idade Média, como resultado das invasões, os povos bárbaros, germânicos e romanos entraram em contato com diferentes civilizações, o que propiciou novas formas inovadoras de propriedade. Leal faz a enumeração dessas formas, dizendo que a “comunal” existia como sobrevivência da antiga *mark* germânica; a “alodial”, considerada como livre; a “beneficiária”, que surgiu da concessão feita pelos reis ou pelos nobres, ou por estes aos plebeus; a “censual”, modalidade intermediária entre a beneficiária e a servil, que implicava a fruição dos imóveis mediante o pagamento de valores determinados; e a “servil”, atribuída aos servos que possuíam a terra, porém se mantinham ligados a ela como seu acessório.<sup>22</sup>

O desenvolvimento das cidades e vilas iniciou-se no período feudal, em razão do aumento da atividade econômica dos feudos, o que veio a proporcionar um maior dinamismo nas atividades e na vida social. Isso fez crescer o comércio e a organização dos ofícios em Corporações. O crescimento do comércio fragilizou o modelo feudal de organização social e da própria sociedade, revelando como

<sup>20</sup> SAVIGNY, op. cit., p. 244.

<sup>21</sup> GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 14.

<sup>22</sup> LEAL, op. cit. 1998, p. 43.

prioritária a implementação da idéia de propriedade produtiva, responsável pelo crescimento econômico, principalmente do mercado das relações de produção que foi se formando ao longo da ascensão da burguesia, conforme destaca Leal.<sup>23</sup>

Na era medieval, o público foi absorvido pelo privado, pois havia uma primazia da propriedade territorial sobre os demais institutos. Os senhores feudais agiam como se desempenhassem função pública, impondo regras, cobrando tributos, julgando seus servos e cumprindo as decisões. Detinham o poder político e o prestígio social originários do direito de propriedade. Ou seja, todo o poder emanava do direito de propriedade. Como nos diz Gomes,

O que caracteriza essencialmente a propriedade medieval, como forma de disciplina das relações de produção, é, em primeiro lugar, a primazia que confere aos bens imóveis. Na estrutura econômica da feudalidade, a terra é o bem principal que tem prioridade, porque a subsistência social depende, fundamentalmente, do seu cultivo. Da importância social que esse bem de produção desfrutava nessa estrutura, decorrem conseqüências que singularizam o regime jurídico da propriedade.<sup>24</sup>

Com as invasões bárbaras, houve mudança no sistema de propriedade romano, pois os povos germânicos tinham um conceito diferenciado de propriedade. Entendiam como viável o fracionamento da propriedade em várias relações de gozo possíveis sobre uma coisa. Por exemplo, admitiam a separação das árvores da terra. Os romanos adotaram a noção de múltiplos domínios, que foi aplicada pelos juristas, sob conceitos de domínio útil e domínio direto.

Com a queda do Império Romano, houve um período em que não havia uma autoridade central dotada de poder, instalando-se confusão entre soberania e propriedade. O proprietário de terras passou a ter poderes políticos sobre os camponeses que trabalhavam na propriedade, impondo-lhes uma série de restrições à liberdade pessoal.

Os historiadores tentavam reconstruir as situações reais do alto-medievo, partindo do sujeito, do esquema individualista da propriedade, com investigações dos termos *propietas* e *dominium* que se encontravam nas antigas cartilhas e nos

---

<sup>23</sup> LEAL, op. cit. 1998, p. 44.

<sup>24</sup> GOMES, Orlando. Significado da evolução contemporânea do direito de propriedade. **Revista dos Tribunais**, v. 757, a. 87, p. 717-718, nov.1998, p. 717-718.

mais obscuros textos da lei. Nesses, o procedimento metodológico adotado era de despejar a forma pré-concebida de aproximação mental que media a realidade em correspondência ao esquema de propriedade individual.<sup>25</sup>

O alto-medieval é apresentado como uma grande civilização possessória, não no sentido adotado no direito romano, mas em sua concepção finziana. A conotação dada por Enrico Finzi é de um mundo de feitos não dotado de formalidade nem de oficialidade, porém provido de agressividade e de incisividade. Nesse período, podemos dizer que a propriedade era reduzida a um mero registro cadastral, pois não havia a presença marcante do estado nem movimentos culturais importantes. Foi construído um sistema de situações reais, com efetividade econômica sobre o bem, não ligado ao *dominium* nem ao *domina*.

Desapareceu o velho ideal clássico da validade, ou seja, da correspondência a modelos e tipos. Surgiram, de forma desordenada e viva, situações rudes, não filtradas por nenhum crivo cultural, que se impuseram na base de feitos primordiais que são a aparência, o exercício e o gozo. No centro do ordenamento e de sua atenção não se encontrava o sujeito com suas próprias vontades e presunções, mas a coisa, com suas regras naturais, força que impregnava toda forma jurídica, ou melhor, constitutiva de toda forma jurídica. Era o reino da efetividade.<sup>26</sup>

Surgiram novas sistematizações, pois o problema central não é o vínculo formal e exclusivo sancionado pelos livros fundiários, mas a destinação da propriedade do bem a alguém. É a efetividade sobre o bem, prescindido de suas formalizações. Podemos dizer que a *possession* do bem é apresentada como uma dimensão de facticidade contraposta com um reino de formas oficiais. No reino da efetividade, a propriedade desvincula-se das formalizações e ganha força a dimensão de facticidade, em que a aparência e o exercício do gozo levam, através da *possession*, a propriedade do bem a alguém.<sup>27</sup>

Na construção medieval de propriedade, encontramos como traço de ordenação jurídica, a inversão da relação homem-natureza e novos valores

---

<sup>25</sup> GROSSI, Paolo. **La propiedad y las propiedades**: Un análisis histórico. Espanha: Civitas, 1992, p. 34-35.

<sup>26</sup> Id. *ibid.*, p. 36.

<sup>27</sup> Id. *ibid.*, p. 73-74.

fundamentais começaram a ser impressos no mundo jurídico. As coisas se agigantaram e voltaram-se como elementos essenciais de uma paisagem que leva cada vez menos traços da ação humana; coisas inacessíveis em suas enormes proporções, porém a respeitar, a todo o custo, enquanto condições elementares de sobrevivência no mundo, sendo esse o duro problema de cada dia. O sujeito perdeu o mando e sofreu o conjunto de forças que, do exterior, projetaram-se sobre ele. Dentro desse contexto, as forças e regras primordiais escritas sobre as coisas eram o cânon construtivo da nova civilização. O ordenamento passou a exemplificar, a partir das coisas, e construiu-se do ponto de vista dessas.<sup>28</sup>

O jurídico aderiu à plástica da realidade objetiva, e as formas, incapazes de separarem-se das estruturas, somaram-se a elas. O jurídico mesclou-se, sem delimitações precisas, com o fático, e dele estava impregnado. O ordenamento jurídico assumiu, como forças motoras próprias, a aparência, o gozo, o exercício, presenças vivas da dimensão fática, sem inventar cânones artificiosos de qualificação. Registrou, com humildade, a carga normativa de todos esses feitos. Não desapareceu o *dominium* do antigo titular cadastral, porém ele desvitalizou-se pelo empobrecimento, deixando que resultasse expropriado dos poderes empresariais quem proprietário não era, porém era ele gestor da empresa. Essa era a forma autêntica da vida econômica que vinha sendo ouvida favoravelmente.<sup>29</sup>

A nova mentalidade que o historiador contemplava era uma civilização “possessória” que substituiu a mentalidade proprietária romana. Ela era indiferente à idéia de validez, porque era dominada por um rigoroso princípio de efetividade. No contexto da evolução possessória, emergiram as figuras do uso, exercício e gozo que expressavam, de forma viva, a formalidade do homem com as coisas, sua união e sua vida com elas. Dessas figuras impregnava-se o ordenamento jurídico, sem construções rigorosas e definidas. As novas situações fáticas não se colocavam

---

<sup>28</sup> GROSSI, op. cit. 1992, p. 77-78.

<sup>29</sup> Conforme afirma Valiente, *apud* Grossi (1992, p. 19), “Entre los siglos V y XV Grossi sitúa la experiencia jurídica medieval, como autónoma y distinta de la romana y de la moderna. Y la concibe como unitaria, según ya dijimos aquí, al margen de la bipartición en fases (las de “fundación” y “edificación”) del itinerario que comienza con la caída del Imperio y termina, poco más o menos, con el inquieto siglo XV. La caída del Estado romano produce in la Edad Media un vacío político, para rellenar el cual el Derecho ve elevado su papel y queda situado en el centro de lo social. [...] Así, el Derecho medieval se nos presenta como una multiplicidad de ordenamientos coexistentes, interpenetrados, que se remiten unos a otros [...]”. (GROSSI, 1992, p. 79)

fora, mas bem dentro da dimensão do “real”, medida na propriedade e nos direitos reais sobre a coisa alheia.

Sobre a sociedade e o direito medieval não podemos deixar de registrar o pensamento de Grossi.

La sociedad medieval es, de hecho, una sociedad sin Estado, donde, debido a la permanencia de este vacío político, el Derecho ve sublimada su función, se coloca en el centro de lo social, representa la constitución duradera más allá (y al abrigo) del carácter episódico de la política más elemental. Será el planeta moderno, a pesar de las grandes hojas de higuera del iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII y de la codificación decimonónica, quien empobrezca el derecho, lo vincule y condicione por el poder, haga de él un *instrumentum regni*, lo separe en consecuencia de lo social.<sup>30</sup>

Percebe-se uma mudança de mentalidade no período medieval, onde o vazio político e a necessidade de novas definições e de novas posturas abriram caminho para que o Direito se colocasse no centro do social. Valorizou-se o direito romano e houve necessidade de pôr em prática as leis, devido à necessidade de segurança jurídica. Houve uma inversão da relação homem-natureza, passando a coisa ao centro do ordenamento. Passaram a ser escritas regras sobre as coisas que serviram de base para a construção de uma nova civilização.

Na Idade Moderna<sup>31</sup>, houve uma expansão da propriedade privada, com o desenvolvimento do comércio, crescimento da produção manufatureira e com o nascimento dos bancos e dos grandes impérios financeiros e a criação das primeiras sociedades por ações. A propriedade passou a ser exaltada como um direito fundamental, junto com a vida e a liberdade, seguindo a corrente do jusnaturalismo.

O ingresso na era contemporânea foi marcado pela Revolução Francesa, símbolo da ruptura com o passado, e o direito privado espelhou a sociedade

---

<sup>30</sup> GROSSI, op. cit., p. 52

<sup>31</sup> Na época moderna, o modelo de direito que conhecemos é o do Direito Moderno. Ao fazermos alusão ao Direito Moderno, afirma-nos GRAU, Eros Roberto. Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.) **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.p. 228, que nos “[...] referimos um modelo de direito positivo, direito posto pelo Estado. Direito moderno conota, aqui, o Direito (positivo) produzido pelo chamado Estado moderno, datado da Revolução Francesa. Objeto a partir e em trono do qual os juristas desenvolvem uma atividade técnica – e não política -, esse modelo de Direito é o modelo de direito do modo de produção capitalista.Seu requisito único de validade repousa na representação popular (expressão da *volonté générale*) associada à maioria legislativa. Os pressupostos que fundamentam a sua legitimidade encontram-se na separação dos poderes e na vinculação do juiz à lei”.

burguesa, por meio de sua ideologia, de seus anseios e das necessidades da classe sócio-econômica que atingiram o poder. Nasceram os códigos e passaram a regular todos os anseios dessa sociedade burguesa. Nesse contexto, o individualismo destacou-se como valor em oposição ao período do estamento social da idade média em que o indivíduo não era valorizado pelas suas características e méritos pessoais, mas pelo nível social em que se encontrava.

Na Itália, encontramos a propriedade privada, em especial a propriedade imobiliária da terra, colocada no centro do ordenamento, no código de 1865, inspirado no Código Civil francês de 1804. A categoria do ser era subordinada a do ter. No Código de 1942, a atenção era voltada à empresa, para a atividade produtiva, para a regulamentação do trabalho, para a organização da produção, para a forma política e jurídica do intervencionismo do Estado nas relações econômicas. A característica do ordenamento era o produtivismo, aumentando o legislador a potencialização do Estado. Já a Constituição de 1948, que deu ênfase à pessoa, assumiu, em relação a este problema, uma posição diversa. É o que nos ensina Pietro Perligieri, dizendo que

Uma coisa é ler o Código naquela ótica produtivista, outra é “relê-lo” à luz da opção “ideológico-jurídica” constitucional, na qual a produção encontra limites insuperáveis no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.<sup>32</sup>

No Brasil, antes do advento do antigo Código Civil, editado em 1916, vigoravam as Ordenações Filipinas, de Portugal, que foram mantidas mesmo depois da Independência. Quando o Código de 1916 foi editado, já se encontrava em declínio na Europa a Era das Codificações, e o intervencionismo estatal começava a despontar como afirma Daniel Sarmento.<sup>33</sup>

Na década de 1930, no ordenamento civil houve intensa intervenção legislativa, com a edição de normas contendo políticas públicas, externando diretrizes e valores que se voltavam ao liberalismo do Código. Após, houve a edição de uma série de leis que versavam sobre matéria de Direito Privado que serviram

---

<sup>32</sup> PERLIGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 4.

<sup>33</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 96.

para mostrar sua fragmentação. Foi nesse contexto que a Constituição se converteu no centro unificador do ordenamento civil.

Com a Constituição de 1988,<sup>34</sup> nosso ordenamento jurídico passou a alicerçar-se sobre princípios e valores humanitários, como a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito. A propriedade passou a ser norteada por sua função social. Já no preâmbulo ficou expresso a que se destina a Carta:

[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias[...].

Tanto na Itália como no Brasil, a ênfase à pessoa humana foi dada pela Constituição que veio romper com a Era das Codificações. No Brasil, com a fragmentação do sistema de Direito Privado, a Constituição passou também a disciplinar as relações econômicas e privadas, tornando-se o centro unificador do ordenamento civil.

Apesar dos avanços trazidos pelo novo Código Civil, esse não conseguiu atingir a todo o Direito Civil, continuando no centro do sistema a Constituição Federal que é mais progressista e solidária.

Com a evolução histórica do direito de propriedade pretendemos introduzir nosso estudo, voltando-nos para a propriedade privada e, em especial, para o entendimento do plural na propriedade, sem deixar de lado o individual, com ênfase à pessoa humana, com seus direitos e deveres, numa sociedade complexa como é a sociedade contemporânea.

---

<sup>34</sup> O significado político-social da Constituição Brasileira é destacado por Leal, op. cit, 1998, na história política da cidadania nacional, criando disposições jurídicas que se erigem à condição de princípios à conformação da República Federativa e mesmo à organização da sua comunidade. A partir daí, são introduzidas inovações na ordem processual brasileira e despertada a participação e mobilização política, com destaque aos direitos sociais, aos direitos coletivos, possibilitando a abertura de caminhos para as políticas urbanas objetivas.

## **1.1 Renascimento do Direito Natural**

O Direito Natural é um direito inerente à própria natureza do homem e remonta muito além do século XVII. Os juristas e filósofos da Antigüidade grega e romana já tinham noção do Direito Natural. Os Romanos faziam distinção entre o direito dos cidadãos romanos, o direito civil, e o direito das pessoas que não eram consideradas como cidadãs romanas. Essas eram dominadas pelas regras que decorrem da própria natureza das coisas, isto é, o direito natural. O fundamento do Direito Natural na Antigüidade Clássica tinha como ponto de referência a natureza e suas leis, sendo que elas eram válidas para todos os seres da Terra, não sendo exclusivas para os homens.

Numa visão histórica, a partir de Gilissen, podemos afirmar que a doutrina do Direito Natural nasceu na Grécia antiga e teve como primeiros defensores os filósofos Heráclito de Éfeso e Sófocles.<sup>35</sup>

Na Idade Média, o Direito Natural aparece como um Direito Natural Cristão. Tudo converge para Deus e os acontecimentos é fruto da vontade divina.

No século XVI, surgiu uma nova concepção do Direito Natural, baseada na razão humana e independente de qualquer concepção religiosa. É um direito natural laico, racionalista que domina todas as relações entre os homens, dos povos em geral e a posição do homem em sociedade. Os próprios reis eram submetidos às leis naturais, fundamentais, universais, permanentes, imutáveis, pautadas na natureza humana. Dessa forma, podia ser combatida a tendência para o absolutismo real, o que explica o porquê do Direito Natural não se desenvolver na França e nos Países Baixos de domínio espanhol, difundindo-se na Alemanha e na Inglaterra.

Outro fator de desenvolvimento do direito natural laico é encontrado nas guerras religiosas e nas conquistas coloniais, pois regras jurídicas, comuns a todos os beligerantes, eram encontradas na própria natureza do homem, impondo-se o respeito a essas por todos.

---

<sup>35</sup> GILISSEN, op. cit., p. 364.

Destacamos, como “pai do direito natural”, o jurista holandês, Hugo Grotius <sup>36</sup> (Hugo de Groot, 1583-1645). Conforme ensina Vita, ele contribuiu de forma decisiva para a construção de uma linguagem nova sobre os direitos das gentes e dos homens e, de forma consciente, embora ainda hesitante, abriu os caminhos para uma concepção racionalista dos direitos e para uma concepção normativa das razões e dos embates entre as nações, na guerra e na paz. Grotius descartou o velho e impôs a dinâmica do novo, através da idéia da conservação de si mesmo, do auto-interesse, que legitimou a cada homem e a cada nação defender sua liberdade, seus negócios e sua propriedade contra a usurpação que outros homens ou outras nações lhes pretendiam impor.<sup>37</sup>

Após, a escola do direito natural desenvolveu-se na Inglaterra com Thomas Hobbes, 1588-1679, com a publicação da obra “De Cive”, em 1642; e na Alemanha, com Samuel Pufendorf, 1632-1694, com a publicação “De Iure Naturae et Gentium”, em 1672. Foi na Alemanha que a concepção filosófica, dominada pelo direito natural, penetrou no direito positivo dos principais estados alemães, nas codificações ordenadas na segunda metade do século.

O início da laicização ocorre com Grotius. Ele era cristão, mas imbuído de cultura humanista e considerava a própria lei natural como um fundamento jurídico superior e, por isso, universal.<sup>38</sup>

Os franceses mostraram-se resistentes à teoria do direito natural, porém Montesquieu apelou ao direito natural em sua obra. Entre os franceses destacou-se Jean Domat, 1625-1695, com a publicação de “Les Lois Civiles Dans leur Ordre Naturel”, em 1689, ao adotar, como base da sua construção jurídica, as principais regras do direito romano que considerou como *ratio scripta*, razão escrita, as quais somente adaptou, pois seguiam os princípios da religião cristã e da filosofia escolástica. Essas regras, que ele considerou como direito natural, construíram, de maneira racional e lógica, o conjunto das regras jurídicas que passaram a reger a

---

<sup>36</sup> GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Ijuí-RS: Unijuí. 2005. v. 1 e 2.

<sup>37</sup> VITA, Caio Druso de Castro Penalva. GRÓCIO, Hugo, 1583-1645. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.) **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, p. 387.

<sup>38</sup> GONZAGA, Tomás Antônio. **Tratado de direito natural**. Organização e apresentação de Keila Grinberg. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. XVIII.

França. Sua obra teve grande influência sobre os juristas franceses do século XVIII e até sobre os redatores do Código Civil.

Essa é uma breve visão do Direito Natural que nos leva ao estudo mais particularizado de sua definição.

A questão do Direito Natural foi formulada pela primeira vez na famosa tragédia “Antígona”, ao apresentar a existência de um direito superior à legislação positiva estabelecida pela vontade do soberano. A questão tratada envolvia o cumprimento de uma determinação do soberano de não enterrar o corpo de Polínice, irmão de Antígona, considerado um traidor pelo rei Creonte. Porém, Antígona, invocando as leis não escritas dos deuses, leis imutáveis, que não são de ontem ou de hoje, e que lhe autorizavam a proceder de acordo com os direitos das famílias de enterrar os seus mortos, decidiu sepultar o corpo de seu irmão, sendo surpreendida por Creonte durante o enterro.<sup>39</sup>

Antígona, ao se insurgir contra a obrigatoriedade de cumprir a legislação estabelecida por Creonte, insurgiu-se também contra o direito positivo em vigor. Os fundamentos de sua insurgência foram pautados em pressupostos que foram além da autoridade constituída e que permitiram o não cumprimento das normas estabelecidas quando elas entraram em conflito com o princípio de justiça que estava vinculado a um direito superior.

A existência de um sistema superior de normas ou de princípios, que se contrapõem ao direito positivo, leva Bedin a afirmar que

[...] é possível definir o Direito Natural como uma doutrina jurídica que defende que o direito positivo deve ser objeto de uma valoração que tem como referência um sistema superior de normas ou de princípios (direito ideal) que lhe condicionam a validade.<sup>40</sup>

Como consequência dessa definição, conclui Bedin que

[...] é possível identificar as seguintes características na doutrina do Direito Natural: a) A legislação em vigor deve ser analisada a partir de determinados conteúdos superiores; b) Esses conteúdos possuem como

---

<sup>39</sup> BEDIN, Gilmar Antonio. Direito natural. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, p. 240.

<sup>40</sup> Id. *ibid.*, p. 241.

fonte uma determinada categoria universal e imutável (ideal de justiça); c) Esses conteúdos devem sempre prevalecer sobre as disposições formais da legislação em vigor.<sup>41</sup>

Ao questionar quais são esses conteúdos, afirma-nos Bedin que são os referentes à idéia de justiça. Alega que é por isso que os seus defensores buscam as normas e princípios que, independentemente de seu acolhimento pela instituição positiva do Direito, possuem primazia sobre as leis vigentes e o poder estatal que as implementam. Assim, a legislação vigente será considerada válida apenas quando suas prescrições corresponderem às exigências de um ideal de justiça.<sup>42</sup>

Sua conclusão sobre o tema, leva-nos à reflexão de que uma regulamentação positiva injusta da conduta humana não tem qualquer validade e não é direito em sentido estrito, pois deve-se entender por direito apenas uma ordem jurídica válida. Dessa forma, o Direito Natural transforma a compreensão teórica do fenômeno jurídico, que submete o fundamento de validade das normas jurídicas em vigor, a uma concepção de justiça. Para a doutrina do Direito Natural, direito é direito justo. Sua validade é obtida por um ideal de justiça.<sup>43</sup>

Para aprofundar o estudo do Direito Natural, entendemos necessário fazer a análise de filósofos modernos como Thomas Hobbes, John Locke e Immanuel Kant, demonstrando a atualidade do tema que está a exigir um repensar do Direito, tendo como enfoque as leis universais e a instituição do Estado Civil, vinculada à necessidade da garantia da propriedade.

## **1.2 Visão de Thomas Hobbes**

Ao introduzir o estudo sobre a obra de Thomas Hobbes de Malmesbury, impõe-se sua contextualização à época em que viveu. Hobbes nasceu em 5 de abril de 1588, em Westport, na Inglaterra, quando sua mãe, assustada, recebeu a notícia da iminente invasão da Armada Espanhola. Estudou no Magdalen College, em

---

<sup>41</sup> Id. *ibid.*, p. 241.

<sup>42</sup> BEDIN, *op. cit.*, p. 241.

<sup>43</sup> Id. *ibid.*, p. 241.

Oxford e bacharelou-se em Artes. Aos vinte anos, Hobbes tornou-se tutor da família Cavendish, permanecendo nessa família praticamente durante toda sua vida. Foi nesse contexto familiar que passou a desfrutar a vida cosmopolita na Europa bem como a ter acesso a uma extensa biblioteca, conhecer pessoas importantes e influentes no cenário intelectual europeu da época. Morreu aos noventa e um anos, em 4 de dezembro de 1679, em Hardwich, na Inglaterra. O período em que nasceu e viveu teve grande influência em seu pensamento e obra.<sup>44</sup>

Nas linhas mestras traçadas por Hobbes, Villanova destaca o dever e a obediência como sendo algumas das relações centrais da filosofia política moderna, ao criar um novo modelo de justificação do Estado: o contratualismo. Questiona quem tem o direito de mandar e por que se deve obedecer. Segundo o autor, é essa a questão que parece orientar o esforço de Thomas Hobbes ao longo das obras que consolidam sua Filosofia política. Diz que

Ao fundar os alicerces do Estado supostamente sobre uma base jurídica, Hobbes amarra sua teoria ao plano da racionalidade, da individualidade, da normatividade e da transcendência. Ao identificar direito com poder, separa a sociedade do Estado, opõe o poder à potência, sujeita ao medo a liberdade. Ao derivar obrigação de contrato, afirma-se na tradição liberal e fundadora do Estado de Direito.<sup>45</sup>

Hobbes destaca-se, na atualidade, como o fundador do pensamento moderno. Os argumentos que levam a essa constatação dizem respeito ao rompimento da escolástica com a escola clássica e com a jusnaturalista; com a atribuição do contratualismo, o que leva a concluir que foi o primeiro a fundamentar a autoridade política no consentimento dos homens e não no direito divino dos reis; atribuição de ser o pai do liberalismo, do individualismo e até mesmo do positivismo jurídico.<sup>46</sup>

Os estudos sobre Hobbes partem de duas formas de interpretação: a teleológica que dá ênfase aos elementos do jusnaturalismo e teleológicos, admitindo

---

<sup>44</sup> VILLANOVA, Marcelo Gross. HOBBS, Thomas, 1588-1679. In. BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.) **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, p. 436.

<sup>45</sup> VILLANOVA, op. cit., p. 436.

<sup>46</sup> Id. *ibid.*, p. 436-437.

que Deus e outros conceitos teleológicos desempenham papel importante na filosofia de Hobbes; e a secular que rejeita avidamente essa possibilidade.<sup>47</sup>

Pretendemos destacar o pensamento de Hobbes sobre as Leis Naturais.<sup>48</sup> Hobbes adotou como ponto de partida o estado de natureza, vindo a ser imitado por Pufendorf, mas foi Hobbes quem fez dele um elemento essencial do sistema. Hobbes apresenta o estado de natureza como um estado de guerra, de opressão e de miséria. A natureza faz os homens iguais nas faculdades do corpo e do espírito, porém ainda que haja diferença de força corporal, o mais fraco tem a força suficiente para matar o mais forte, agindo com secreta manipulação ou aliando-se a outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo. Os homens buscam a paz, mas estão em estado de guerra. O seguinte texto de Hobbes bem ilustra o que afirmamos.

[...] a natureza fez os homens tão iguais, no que se refere às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem visivelmente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, quando se considera tudo isso em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com razão nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele. Quanto à força corporal, o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta manipulação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo.<sup>49</sup>

O estado de natureza revela como os indivíduos se comportariam se não houvesse uma autoridade para obrigá-los ao cumprimento da lei ou do contrato. Esse comportamento levaria os indivíduos a uma luta incessante e os colocaria uns contra os outros, uma luta de cada um deles pelo poder sobre os outros. A intenção de Hobbes, segundo Macpherson,

[...] é mostrar que essas condições frustrariam inevitavelmente o anseio de todos os seres por “viver comodamente” e de evitar morte violenta, e que portanto todo indivíduo ponderado deveria fazer o que fosse preciso para se proteger contra essas condições e que só a aceitação, por todos os indivíduos, de um poder soberano absoluto é suficiente para proteger contra elas.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Id. *ibid.*, p. 437.

<sup>48</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006. Série Ouro.

<sup>49</sup> HOBBS, op. cit., p. 96.

<sup>50</sup> MACPHERSON, C.B. **A teoria política do individualismo possessivo** – de Hobbes a Locke. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 31.

No que se refere às faculdades do espírito, há entre os homens uma igualdade ainda maior do que a igualdade da força. A prudência nada mais é do que experiência, que um tempo igual oferece a todos os homens eqüitativamente, naquelas coisas a que igualmente se dedicam. O que torna inaceitável essa igualdade é simplesmente a concepção vaidosa da própria sabedoria, a qual quase todos os homens supõem possuir em maior grau do que o vulgo. A natureza dos homens faz com que, mesmo sendo capazes de reconhecer maior inteligência nos outros, dificilmente admitam que haja muitos tão sábios como eles próprios. Vêm sua própria sabedoria bem de perto, e a dos outros homens à distância. Isso prova que os homens são iguais quanto a esse ponto, e não que sejam desiguais.

A igualdade entre os homens surge da distribuição eqüitativa, quando todos estão contentes com a parte que lhes couber. Rompe-se a igualdade, quando dois desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo em que é impossível de ser gozada por ambos, o que faz com que se tornem inimigos. No caminho para seu fim, esforçam-se por destruir ou subjugar um ao outro.<sup>51</sup>

A ação humana está pautada no empenho e esforço para vencer sempre. O homem luta para ultrapassar o outro e sobressair-se no contexto social. Teme estar ultrapassado, o que corresponderia à miséria, e busca suplantar o outro, o que corresponderia à felicidade. Há uma identificação com o tipo de homem burguês que busca a ascendência social e econômica.<sup>52</sup>

A situação de perigo, que enfrenta tanto o homem que planta, semeia e constrói um lugar, quanto o que enfrenta o invasor que vem preparado para desapossá-lo, é apresentada por Hobbes. Para ele, todos estão em situação de perigo.

Disto se segue que, quando um invasor nada mais tem a recear do que o poder de um único homem, se alguém planta, semeia, constrói ou possui um lugar conveniente, é provavelmente de esperar que outros venham preparados com forças conjugadas, para desapossá-lo e privá-lo, não apenas do fruto de seu trabalho, mas também de sua vida e de sua

---

<sup>51</sup> A intenção de Hobbes, segundo Macpherson, (1979, p. 31), “[...] é mostrar que essas condições frustrariam inevitavelmente o anseio de todos os seres por ‘viver comodamente’ e de evitar morte violenta, e que portanto todo o indivíduo ponderado deveria fazer o que fosse preciso para se proteger contra essas condições e que só a aceitação, por todos os indivíduos, de um poder soberano absoluto é suficiente para proteger contra elas”.

<sup>52</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 68.

liberdade. Por sua vez, o invasor ficará no mesmo perigo em relação aos demais.<sup>53</sup>

Na busca da própria conservação, Hobbes prega a necessidade da desconfiança de uns em relação a outros, dizendo que nenhuma maneira de agir é tão razoável como a antecipação. A subjugação ocorre pela força ou pela astúcia de subjugar todos os homens que puder, durante o tempo necessário, para chegar ao momento em que não veja qualquer outro poder suficientemente grande para ameaçá-lo.

Quanto aos atos de conquista, prega que o aumento de domínio sobre os homens, sendo necessário para a conservação de cada um, deve ser por todos admitido. Destaca que os homens não têm prazer algum na companhia uns dos outros, quando não existe um poder capaz de manter a todos em respeito. Cada um pretende que seu companheiro lhe atribua o mesmo valor que ele se atribui a si próprio. Na presença de sinais de desprezo ou de subestimação, o que não tem um poder comum capaz de submetê-los a todos, leva-os à destruição uns aos outros.

Três causas principais da discórdia são destacadas na natureza do homem por Hobbes: Primeira, a competição; segunda, a desconfiança; e terceira, a glória. A primeira leva os homens a atacar os outros visando ao lucro. A segunda, a segurança. A terceira, a reputação. Os primeiros praticam a violência para se tornarem senhores das pessoas, mulheres, filhos e rebanho dos dominados. Os segundos, para defendê-los. Os terceiros por ninharias, como uma palavra, um sorriso, uma diferença de opinião ou qualquer outro sinal de desprezo, quer seja diretamente endereçado a suas pessoas, quer indiretamente a seus parentes, amigos, nação, profissão ou seu nome.<sup>54</sup>

Os homens vivem em condição de guerra<sup>55</sup>, durante o tempo em que vivem sem poder comum capaz de mantê-los a todos em respeito. Uma guerra que é de

---

<sup>53</sup> HOBBS, op. cit. 2006, p. 97.

<sup>54</sup> HOBBS, op. cit. 2006, p. 98

<sup>55</sup> O homem não está na busca somente de uma nova classe social, mas do poder político como forma de alcançar suas finalidades utilitário-econômicas, como afirma Leal, op. cit. 2001, p. 69, ao dizer que “[...] a causa mais freqüente que leva os homens à recíproca guerra é o fato de que muitos têm, ao mesmo tempo, o desejo sobre a mesma coisa, quando, geralmente, não a podem consumir em comum e tampouco repartir”. Afirma Macpherson (1979 p. 53) que “O homem inatamente moderado, em sociedade precisa procurar mais poder simplesmente para proteger seu nível atual. E

todos os homens contra todos os homens. Hobbes explica que “[...] a guerra não consiste apenas na batalha, ou no ato de lutar, mas naquele lapso de tempo durante o qual a vontade de travar batalha é suficientemente conhecida.”<sup>56</sup>

Denis L. Rosenfield afirma que o conceito de estado de natureza é um conceito construído por Hobbes, a partir de dois postulados concernentes à cobiça natural do homem que tende ao desregramento; e à razão natural, pela qual todo homem evita a morte violenta, estabelecendo, com tal fim, um regramento de suas relações.<sup>57</sup>

É no desregramento que encontramos o estado de guerra de todos contra todos. Entendemos como estado de natureza um estado onde todos são iguais na violência, de tal modo que esta igualdade está na base da construção de “máximas”, “preceitos da razão”, que viabilizam a sociedade política, isto é, a “aliança” que dá origem ao Estado.<sup>58</sup>

Nessa análise, Rosenfield nos diz que, num sentido, o estado de natureza é a guerra de todos contra todos, porém, num sentido mais fundamental, ele é o regramento, segundo leis construídas pela razão, desse ser que cobiça sempre o próximo, não sendo portador de nenhuma determinação, senão a de ser egoísta, ávido dos bens e talentos do próximo.<sup>59</sup>

Quanto à origem das leis da natureza, podemos dizer que são deduzidas da “igualdade natural” existente entre os homens, estando presente a eqüidade, em maior ou menor medida. Essas leis correspondem a máximas de bom senso que levam o homem a procurar, naturalmente, a sua conservação. As leis da natureza são imutáveis e eternas, como o são as leis da matemática e a lei divina, pois são deduzidas de postulados que norteiam o desregramento natural do homem, face ao

---

a conclusão de Hobbes, de que todos precisam agir assim, implica em que os dispositivos sociais são de ordem a permitir que os poderes naturais de qualquer indivíduo sejam usurpados por outros”.

<sup>56</sup> HOBBS, op. cit. 2006, p. 98.

<sup>57</sup> ROSENFELD, Denis L. Introdução à obra *De Civi*. In: HOBBS, Thomas. **De civi**, Petrópolis: Vozes, 1993, p. 28.

<sup>58</sup> A conclusão a que chega Macpherson (1979, p. 32) é de que “O estado de natureza era para Hobbes uma condição logicamente anterior ao estabelecimento de uma sociedade civil perfeita [...]; o que ele deduziu do estado de natureza foi a necessidade de os homens reconhecerem o estado perfeitamente soberano, em vez dos estados imperfeitamente soberanos que tinham na época”.

<sup>59</sup> ROSENFELD, op. cit, p. 28;

medo da morte violenta, que o leva à busca de um tipo de organização que o coloque ao abrigo da violência arbitrária e súbita.<sup>60</sup>

Podemos concluir que tudo o que devemos fazer ou omitir para a conservação de nossa vida encontra-se na lei da natureza que obriga, diante da razão e da consciência, e que leva à possibilidade de obediência política. A primeira e fundamental lei natural enuncia que todo homem deve buscar a paz, se for possível, e preparar-se para a guerra, se essa for inevitável.<sup>61</sup>

Para ilustrar a análise feita, destacamos a própria definição de direito natural apresentada por Hobbes.

O direito natural, que os autores geralmente chamam jus naturale, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida. Conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim. Conforme o significado próprio da palavra, por liberdade entende-se a ausência de impedimentos externos, que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer, mas não podem obstar a que use o poder que lhe resta, conforme o que seu julgamento e razão lhe ditarem. Lei natural – lex naturalis – é um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-la. Porque embora os que têm tratado deste assunto costumem confundir jus e lex, o direito e a lei, é necessário distingui-los um do outro. O direito consiste na liberdade de fazer ou de omitir, ao passo que a lei determina ou obriga a uma dessas duas coisas. De sorte que a lei e o direito se distinguem tanto como a obrigação e a liberdade, as quais são incompatíveis quando se referem à mesma matéria.<sup>62</sup>

É da condição do homem o estado de guerra de todos contra todos, e, nesse estado, cada um é governado por sua própria razão. Nessa condição, todo homem tem direito a todas as coisas, incluindo os corpos dos outros. Conclui Hobbes que,

[...]enquanto perdurar este direito de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> Id. *ibid.*, p. 29.

<sup>61</sup> Id. *ibid.*, p. 29.

<sup>62</sup> HOBBS, op. cit. 2006, p. 101.

<sup>63</sup> Id. *ibid.*, p. 101.

Apresenta, como consequência desse preceito, que todo homem deve se esforçar pela paz e, caso não a consiga, pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra. Na primeira parte dessa regra, encontramos a primeira lei da natureza, a busca da paz; na segunda parte, a essência do direito de natureza, ou seja, a defesa de nós mesmos por todos os meios que pudermos.

Da lei fundamental de natureza que ordena que todos os homens procurem a paz é que deriva a segunda lei. Um homem, juntamente com os outros, deve concordar, na medida em que considerar necessário, em renunciar a um direito seu a todas as coisas, para a obtenção da paz e da defesa de si mesmo, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo. Deve ser levado em conta que, enquanto cada homem tiver o direito de fazer tudo o que quer, todos se encontrarão em estado de guerra. No entanto, se um homem renunciar a seu direito, e os outros não, não haverá razão para que ele renuncie a seu direito, pois isso significaria oferecer-se como presa, o que ninguém está obrigado a fazer, não estando obrigado a dispor-se para a paz. Esta é a lei do Evangelho: *“Faz aos outros o que queres que te façam a ti”*. E esta é a lei de todos os homens: *“Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris”*.<sup>64</sup>

Aprofundando nossa abordagem sobre o direito natural, passaremos a fazer um estudo de Hobbes, a partir da análise feita por Bobbio. Ele afirma que Hobbes pertence à tradição do jusnaturalismo, tendo dedicado parte de suas obras políticas – o *“De Cive”* (1642) e o *“Leviatã”* (1651) – ao estudo do direito natural. No entanto, é considerado também um precursor do positivismo jurídico. O autor questiona como explicar esse aparente paradoxo, dizendo que se explica com o fato de que Hobbes adota a doutrina do direito natural não para limitar o poder civil – como fará, por exemplo, Locke -, mas para reforçá-lo. Usa meios jusnaturalistas para alcançar objetivos positivistas. Diz Bobbio que a mesma idéia pode ser expressa de outra forma, dizendo que Hobbes é um jusnaturalista, ao partir, e um positivista, ao chegar.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> HOBBS, Thomas. op. cit. 2006, p. 102.

<sup>65</sup> BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 41.

A distinção entre os vários tipos de direito ou de leis é encontrada no Capítulo XIV, parte 4, do “De Civi”. Nele afirma que toda lei pode ser dividida em divina e humana. A primeira é dividida em natural ou moral e positiva, partindo dos dois modos como Deus fez conhecer aos homens a sua vontade. A natural é aquela que Deus declarou a todos os homens, por meio de sua eterna palavra, que neles é inata, que é a razão natural. A positiva é a lei que Deus anunciou por meio da palavra dos profetas que usou para falar aos homens como homem. A Lei de Deus é divina e a lei humana é civil.<sup>66</sup>

Nessa classificação, segundo Bobbio, não nos parece que Hobbes tenha se afastado da tradição: o direito natural é aquele que Deus comunica aos homens por meio da razão e vige no estado da natureza; o direito positivo – o humano, deixando de lado o divino – é proposto pelo Estado por meio da pessoa ou das pessoas que detêm, no Estado, o sumo poder – ou soberania – e tem vigência no contexto da sociedade civil. O que coloca Hobbes contra a tradição do jusnaturalismo é o modo como concebe a relação entre as leis naturais e as leis civis, a validade das leis naturais em comparação com a das leis civis.<sup>67</sup>

A conclusão a que nos leva Bobbio é de que, para Hobbes, *as leis naturais são aquelas que, no estado da natureza, ainda não têm vigência e, no estado civil, deixam de vigor*. No estado de natureza só existem as leis naturais; elas só obrigam em consciência, o que significa que só obrigam a ter a intenção de observá-las. Sua observância efetiva só é devida quando estamos seguros de que os outros também as observarão. O estado de natureza, porém, é marcado pela insegurança contínua – a situação famosa de *bellum omnium contra omnes*. Com tal insegurança, não temos qualquer garantia de que os outros observarão as leis naturais, portanto não estamos obrigados a cumpri-las, por melhores que sejam nossas intenções.<sup>68</sup>

Exemplifica Bobbio, dizendo que uma lei da natureza obriga a manter os compromissos, mas se agíssemos assim, e os outros não, estaria arriscando a ter um fim desagradável. Isso leva a concluir que a obrigação só vale quando reciprocamente respeitada. Não havendo garantia de reciprocidade em um estado,

---

<sup>66</sup> HOBBS, Thomas. **De cive**. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 181.

<sup>67</sup> BOBBIO, op. cit., p. 41-42.

<sup>68</sup> Id. *ibid.*, p. 42.

não cabe a obrigação. É justamente por ser marcado pela insegurança perpétua é que os homens aspiravam a mudar o estado de natureza para o estado civil.<sup>69</sup>

O homem natural, que pretende transferir ou desistir de certos direitos, porque do contrário uns teriam o direito de ataque, e outros, o de defesa, ou a guerra, tem o dever racional de desistir do direito de livre postura e de agir, transferindo-o a outrem. Essas condutas que visam à paz devem ser adotadas por todos os homens, ou pela maioria, o que não ocorre no Estado de Natureza, pois não existe alguém bastante forte para obrigá-los a observá-las. O único caminho a seguir é o da razão que leva os homens à instituição do Estado. Os homens mutuamente transferem seus direitos, através de um contrato, na busca de segurança e paz.<sup>70</sup>

Os homens buscam, no estado civil, aquela indispensável segurança para tornarem eficazes as obrigações, transformando-as de internas em externas, os indivíduos acordam em renunciar a todos os direitos que tinham no estado de natureza – exceto o direito à vida -, transferindo-os ao soberano que, assim, teria o direito de punir aqueles que não cumprissem suas obrigações. Institui-se a segurança, e as obrigações tornaram-se eficazes: todos sabem que, se alguém não cumprir seus deveres, será punido.<sup>71</sup>

A segurança é conquistada por todos os indivíduos que participaram do pacto e estão coobrigados a obedecer ao soberano. Isto é, a fazer tudo que ele ordena. O que o soberano ordena são as leis civis – o direito positivo. Para que as leis naturais sejam respeitadas, é preciso obedecer ao poder civil.

O modo estranho é concebido por Hobbes em relação ao soberano pelas leis naturais, de acordo com Bobbio, pois os soberanos têm o direito de interpretar as leis naturais, determinando o seu significado. Até mesmo o direito à vida, o único inalienável, não está protegido. Bastaria que o soberano decidisse não considerar a pena capital como um homicídio, e o súdito perderia o direito de escapar dela. Em segundo lugar, os súditos não têm o direito de inquirir se o que o soberano ordena é justo ou não: a teoria, segundo a qual cabe ao súdito fazer esse julgamento, é uma

---

<sup>69</sup> Id. *ibid.*, p. 42.

<sup>70</sup> LEAL, *op. cit.* 2001, p. 73.

<sup>71</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 42.

teoria subversiva. O terceiro argumento é, seguramente, o mais engenhoso, uma descoberta apropriada para liquidar o jusnaturalismo tradicional. Se é verdade que os soberanos devem respeitar a lei natural – uma obrigação puramente nominal -, é também verdade que a lei que obriga os súditos a obedecerem ao soberano é igualmente uma lei natural, em particular aquela que obriga à obediência aos pactos, pois a soberania é instituída por um pacto entre os membros daquela sociedade. E essa obrigação dos súditos, diferentemente da que tem o soberano em relação a eles, é uma obrigação efetiva, tanto assim que o soberano tem o direito de punir o súdito que deixar de respeitá-la.<sup>72</sup>

É função tradicional da lei natural servir para justificar os limites do poder soberano. Para Hobbes, a lei natural tem um efeito absolutamente oposto, pois na medida do possível, isenta de limites o poder soberano.

Na doutrina jusnaturalista tradicional, considera-se que o indivíduo deve obedecer às leis naturais antes das leis civis. Entretanto, se a lei natural se resolve na obrigação que têm os súditos de obedecer às leis civis, a outra obrigação de obedecer, primeiramente à lei natural, se transforma no seu contrário: o súdito é obrigado a obedecer antes de tudo às leis civis.

O resumo do pensamento hobbesiano é apresentado por Bobbio sobre a validade da lei natural e da lei civil, dizendo que a lei natural põe toda a sua força a serviço do direito positivo e, dessa forma, morre ao dar à luz o seu filho.<sup>73</sup>

A postura analítica, preconizada por Hobbes, no sentido de ver justificado o poder de um governo que pretenda assegurar a paz e a felicidade ao cidadão pelo próprio governo, outorgando-lhe uma natureza absoluta e desprendida de quem o criou, sob pena de se perder de vista outras discussões importantes, como a do fundamento do poder político e o seu exercício junto à sociedade civil, é contestada por Leal. Afirma-nos que as concepções sobre o Estado, como um fenômeno não só natural, mas eminentemente político, vão oportunizar, na História, a superação da idéia de que os regimes monárquicos detêm, na figura do príncipe, a *lex animata*,

---

<sup>72</sup> Id. *ibid.* p. 43-44.

<sup>73</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 44.

representando uma comunidade política que se legitima por fundamentos divinos atemporais e que rejeitam qualquer indagação quanto à sua validade.<sup>74</sup>

Como vimos, a concepção do pensamento de Hobbes é pautada na busca da paz, se for possível, e na preparação da guerra, se for inevitável, assim como na necessidade de delegação de poderes por parte de todos os homens a um soberano, com a passagem do Estado Natural para o Estado Civil. A partir dessa visão, entendemos oportuno mostrar a concepção de Locke sobre o Estado Natural, para que possamos entender a sociedade política que tem por objetivo a conservação de todos os seus membros e a garantia da liberdade do homem ao viver na sociedade civil.

### **1.3 Concepções de John Locke**

O objetivo do presente trabalho é compreender as formas de aquisição da propriedade privada e, para isso, precisamos partir do estudo dos preceitos filosóficos e políticos do Estado Liberal. Destacamos o estudo de John Locke, um dos fundadores do liberalismo econômico, considerado um dos construtores do pensamento liberal. Nossa abordagem está centrada em sua obra que representa um dos marcos do pensamento político moderno, escrita em 1690.<sup>75</sup>

Locke destaca a propriedade como um dos próprios fundamentos da existência do Estado. É a partir de sua obra que pretendemos fazer uma análise da relação do Estado com a propriedade, buscando compreender a idéia individualista da propriedade, fazendo o confronto entre a visão liberal da propriedade e as exigências do contexto social.

Pretendemos fazer uma análise baseada na ciência filosófica do direito, aprofundando os estudos sobre o fenômeno sócio-jurídico, partir do conhecimento científico-empírico e científico-formal. Por isso, não nos prenderemos à ciência social do direito que investiga o fenômeno social jurídico relacionado à realidade social, por

---

<sup>74</sup> LEAL, op. cit. 2001, p. 41-42.

<sup>75</sup> LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

meio de métodos e técnicas de pesquisa empírica que é baseada na observação controlada dos fatos.

Ensina Cláudio Souto que há três ciências jurídicas básicas: a formal do direito, conhecida por dogmática jurídica, que determina as diretrizes formais da concretização judicial ou administrativa de normas jurídicas preexistentes e que compõem um ordenamento jurídico sistematizado e coerente, oferecendo solução para todos os conflitos levados à apreciação do Estado ou outras instâncias reconhecidas pelo ordenamento jurídico; a ciência social do direito que investiga, através de métodos e técnicas de pesquisa empírica, ou seja, pesquisa baseada na observação controlada dos fatos, o fenômeno social jurídico em correlação com a realidade social; a ciência filosófica do direito que aprofunda os estudos sobre o fenômeno jurídico-social, a partir do conhecimento científico-empírico e científico-formal. Esclarece que no ponto onde a ciência empírica do direito encerra as suas explicações, por não poder ir mais longe, inicia-se o trabalho que vai além do investigado, agora em vôos mais largos, soltos, vôos nem comprovados, nem comprováveis, por métodos e técnicas de ciência empírica.<sup>76</sup>

Devemos considerar o estado em que todos os homens estão para entender o poder político corretamente, é o que nos diz Locke. Esse estado natural é um estado de “perfeita liberdade” para regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem. Prega também a necessidade de um estado de “igualdade”, com a reciprocidade de poder e jurisdição, onde ninguém tem mais que qualquer outro. Dentro dessa idéia de igualdade, diz que é absolutamente evidente que criaturas da mesma espécie e posição, promiscuamente nascidas para todas as mesmas vantagens da natureza e para o uso das mesmas faculdades, devam ser também iguais umas às outras, sem subordinação ou sujeição, a menos que o senhor e amo de todas elas, mediante qualquer declaração manifesta de sua vontade, colocasse uma acima de outra, e lhe

---

<sup>76</sup> SOUTO, Cláudio. **Ciência e ética no direito**: Uma alternativa de modernidade. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 9.

conferisse, por evidente e clara indicação, um direito indubitável ao domínio e à soberania.<sup>77</sup>

O estado de natureza como situação de liberdade e igualdade é ressaltado por Bobbio,

[...] como Hobbes, Locke parte também do pressuposto de que o estado da natureza é uma situação de liberdade e igualdade. Contudo, liberdade e igualdade têm, no contexto de Locke, um sentido bem diferente daquele que tinham no contexto de Hobbes.<sup>78</sup>

A liberdade para Locke, no estado natural, leva os homens a regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado, porém dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem.

A igualdade de que fala Locke, diz Bobbio,

[...] não é a igualdade de forças, física ou material, a que se referia Hobbes, mas essencialmente uma *igualdade jurídica*, ou seja, aquela situação em que “todo poder ou jurisdição é recíproco, ninguém possuindo mais do que qualquer outra pessoa” e na qual não há “subordinação ou sujeição” de um indivíduo a outro. Onde não há um soberano comum, todos são igualmente soberanos: é a regra hoje ainda vigente na comunidade internacional.<sup>79</sup>

Essa concepção de igualdade no estado de natureza leva a concluir que, violada uma lei natural, há uma ausência de subordinação, o que leva o indivíduo ferido a fazer justiça por si mesmo. Ao agir dessa forma, o indivíduo deixa de ser imparcial.

O raciocínio de Locke sobre o estado de natureza é pautado em quatro assertivas, de acordo com Bobbio, assim dispostas: as leis naturais podem ser violadas; as violações das leis naturais devem ser punidas, assim como os danos, que essas violações provocam, precisam ser reparados; o poder de punir e de exigir reparação cabe à própria pessoa vitimada; que aquele que é juiz em causa própria habitualmente não é imparcial, e tende a vingar-se, em vez de punir. A conclusão a que chega é de que o maior inconveniente do estado de natureza é a falta de um

---

<sup>77</sup> LOCKE, op. cit., p. 381-382.

<sup>78</sup> BOBBIO, op. cit., p. 180.

<sup>79</sup> Id. ibid., p. 180.

juiz imparcial para julgar as controvérsias que nascem, e que não podem deixar de nascer, entre os indivíduos que participam de uma sociedade.<sup>80</sup>

Concluimos que sempre existirão conflitos no estado de natureza e que as leis naturais serão violadas, exigindo a intervenção de um terceiro para evitar que, ao agir em causa própria, a pessoa venha a buscar a vingança. Assim, o inconveniente do estado de natureza para Locke é a falta de um juiz.

O estado de liberdade para Locke não é um estado de licenciosidade, pois embora o homem tenha uma liberdade incontrolável para dispor de sua pessoa ou posses, não tem liberdade para destruir-se ou a qualquer criatura em sua posse, a menos que um uso mais nobre que a mera conservação desta o exija. A lei da natureza a todos obriga, e a razão ensina que todos são iguais e independentes e que ninguém deve prejudicar a outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posse.<sup>81</sup>

A subordinação entre os homens é afastada por Locke, ao dizer que todos têm as mesmas faculdades, e compartilham todos da mesma comunidade de natureza. Não se pode presumir a existência de qualquer subordinação entre nós que possa autorizar que venhamos a destruir-nos uns aos outros, como se fôssemos feitos para o uso uns dos outros, assim como o são as classes inferiores de criaturas para o nosso uso. Cada um está obrigado a preservar-se, e não abandonar sua posição por vontade própria. Pela mesma razão, quando sua própria preservação não estiver em jogo, cada um deve, tanto quanto possível, preservar o resto da humanidade e não pode, a não ser que seja para fazer justiça a um infrator, tirar ou prejudicar a vida ou o que favorece a preservação da vida, liberdade, saúde, integridade ou bens de outrem.<sup>82</sup>

A responsabilidade pela “execução da lei da natureza” é depositada nas mãos de cada homem, pois cada um tem o direito de punir os transgressores da dita lei em tal grau que impeça sua violação.

Como todos têm o poder executivo da lei da natureza e que, por outro lado, a natureza vil, a paixão e a vingança pode levar o homem longe demais na punição

---

<sup>80</sup> BOBBIO, op.cit., p. 181.

<sup>81</sup> LOCKE, op.cit., p. 384.

<sup>82</sup> LOCKE, op.cit., p. 385.

dos demais, o que poderá resultar confusão e desordem, admite Locke que Deus certamente designou o governo para conter a parcialidade e a violência dos homens. Admite que o “governo civil” é o remédio adequado para as inconveniências do estado de natureza quando aos homens é facultado serem juízes em suas próprias causas.<sup>83</sup>

O estado de natureza é mais bem considerado por Locke, ao afirmar que os homens não são obrigados a submeterem-se à vontade injusta de outrem e no qual, aquele que julgar erroneamente em causa própria ou na de qualquer outro, terá de responder por isso ao resto da humanidade, do que um homem no comando de uma multidão, (monarca absoluto) ter a liberdade de ser juiz em causa própria, e pode fazer a todos os seus súditos o que bem lhe aprouver, sem que qualquer um tenha a mínima liberdade de questionar ou controlar aqueles que executam o seu prazer.<sup>84</sup>

As diferenças entre a “sociedade civil” e a “sociedade política” são apresentadas por Locke. Todo homem nascido com título à liberdade perfeita e a um gozo irrestrito de todos os direitos e privilégios da lei da natureza, da mesma forma como qualquer outro homem ou grupo de homens no mundo, tem por natureza o poder não apenas de preservar sua propriedade, isto é, sua vida, liberdade e bens contra as injúrias e intentos de outros homens, como também de julgar e punir as violações dessa lei por outros, conforme se convença merecer o delito, até mesmo com a morte, nos casos em que o caráter hediondo do fato, em sua opinião, assim exija. Mas, como nenhuma “sociedade política” pode existir ou subsistir sem ter em si o poder de preservar a propriedade e, para tal, de punir os delitos de todos os membros dessa sociedade, apenas existirá “sociedade política” ali onde cada qual de seus membros renunciou a esse poder natural, colocando-o nas mãos do corpo político em todos os casos que não o impeçam de apelar à proteção da lei por ela estabelecida. E assim, tendo sido excluído o juízo particular de cada membro individual, a comunidade passa a ser o árbitro, mediante regras fixas estabelecidas, imparciais e idênticas para todas as partes, e, por meio dos homens que derivam sua autoridade da comunidade para a execução dessas regras, decide todas as diferenças que porventura ocorram entre quaisquer membros dessa sociedade

---

<sup>83</sup> Id. *ibid.*, p. 391.

<sup>84</sup> Id. *ibid.*, p. 392.

acerca de qualquer questão de direito; e pune, com penalidades impostas em lei, os delitos que qualquer membro tenha cometido contra a sociedade.<sup>85</sup>

Distingue-se quem está e quem não está em “sociedade política”. Encontram-se em sociedade civil, uns em relação aos outros, aqueles que estão unidos em um corpo único e têm uma lei estabelecida em comum e um juiz a quem apelar para a solução de seus conflitos. Esclarece que aqueles que não têm em comum essa possibilidade de apelo, pela inexistência de um juiz, não se encontram em uma sociedade política, mas em perfeito estado de natureza.<sup>86</sup>

A sociedade política passa a ter o poder de estabelecer qual a punição que caberá às transgressões cometidas pelos membros dessa sociedade. É ela que tem o poder de elaborar as leis, assim como o poder de punir os danos cometidos contra qualquer um de seus membros, causados por alguém que não pertença a ela. O objetivo é conservar, tanto quanto possível, a propriedade de todos os seus membros.<sup>87</sup>

Sobre o homem na sociedade política, é destacado por Locke que, quando alguém se incorpora a uma sociedade política, também a ela incorpora suas posses que tenha ou venha a adquirir e já não pertençam a algum outro governo. Enfatiza que há contradição em entender que suas propriedades não serão regidas pelas leis dessa sociedade. Conclui que, quando alguém se une a uma sociedade política, também une a essa suas posses que antes eram livres, ficando submetidas ao governo da sociedade sob cuja jurisdição se encontra, assim como qualquer súdito dessa sociedade política.<sup>88</sup>

Ao questionar o porquê do homem, sendo livre no estado de natureza, haveria de se desfazer dessa liberdade, Locke responde que embora o homem gozasse de plena liberdade no estado de natureza, o exercício desse seu direito é bastante incerto, e está constantemente exposto à violação por parte dos outros. Enfatiza, dizendo que, como todos são reis na mesma proporção, cada um é igual entre si e todos têm os mesmos direitos, e, como em sua maioria, são estritos

---

<sup>85</sup> LOCKE, op.cit., p. 458.

<sup>86</sup> Id. ibid., p. 458-489.

<sup>87</sup> Id. ibid., p. 459.

<sup>88</sup> LOCKE, op. cit., p. 492-493.

observadores da eqüidade e da justiça, o usufruto que lhe cabe da propriedade é bastante incerto e inseguro. Essas são as circunstâncias que levam o homem a querer abdicar dessa condição de liberdade, pois ela é repleta de temores e de perigos constantes. Não é sem razão que o homem procura e almeja se unir em sociedade com outros que já se encontram reunidos ou que projetam a ela se unir, pois busca a mútua conservação de suas vidas, liberdades e bens, a que se atribui o nome de propriedade.<sup>89</sup>

Conclui-se que o homem abdica de sua liberdade, ao se unir em sociedade política e submeter-se a um governo, porque busca a conservação de sua vida e a segurança de sua propriedade. A insegurança em que vive no estado de natureza não lhe proporciona essa segurança, pois nela vive exposto à constante violação por parte dos outros que detêm os mesmos poderes. Em razão das carências existentes no estado de natureza, decorrentes da inexistência de uma lei estabelecida, fixa e conhecida; de um juiz, conhecido e imparcial, com autoridade para solucionar todas as diferenças; da falta de um poder para apoiar e sustentar a sentença, quando justa, e dar a ela a devida execução, os homens são levados a se unirem em sociedade.

Os homens raramente vivem no estado de natureza, pois as inconveniências a que se vêem expostos, em razão do exercício irregular e incerto do poder, que cada um detém, de castigar as transgressões de terceiros, impelem-nos a se refugiarem sob as leis estabelecidas de um governo, e nele buscarem a conservação de sua propriedade. É isso o que leva cada homem a renunciar a seu poder individual de castigar, autorizando o exercício desse direito a um único indivíduo, entre eles, designado para tal fim.

Reúnem-se os homens em sociedade, para evitar as inconveniências que perturbam suas propriedades no estado de natureza. É desse modo que podem dispor da força que reúnem, em sociedade, para garantir e defender suas propriedades bem como para disporem de regras fixas a delimitá-las e, por esse meio, saber o que lhes pertence. Com esse objetivo, os homens renunciam a todo o poder natural a favor da sociedade em que ingressam.

---

<sup>89</sup> Id. *ibid.*, p. 495.

É pensamento de Locke que os homens não se disporiam de abdicar da liberdade do estado de natureza, submetendo-se à sociedade e ao governo, se não fosse para preservarem suas vidas, liberdades e bens, por meio de regras estabelecidas de direito e propriedade, levando-os a assegurar sua paz e tranqüilidade.

A liberdade do homem é que impede o poder supremo de tomar-lhe alguma parte de sua propriedade, sem o seu próprio consentimento. Pois, sendo a preservação da propriedade o fim do governo e a razão por que os homens entram em sociedade, isso pressupõe e, necessariamente, exige que o povo tenha propriedade, sem o que será forçoso supor que todos percam, ao entrarem em sociedade, aquilo que constituía o objetivo pelo qual nela ingressaram.

Os homens em sociedade possuem propriedade e têm direitos sobre os bens que lhes pertencem, com base na lei da comunidade, não cabendo a ninguém o direito de tolher os seus haveres, ou partes desses, sem o seu próprio consentimento. Sem isso, não teriam propriedade nenhuma. Ou seja, os homens não têm nenhuma propriedade sobre aquilo que outros podem lhe tomar, quando o desejarem e contra o seu consentimento.

Quanto à segurança da propriedade, é afirmado por Locke que, embora existindo leis boas e eqüitativas para estabelecer seus limites, ela não estará segura, se aquele que exerce o poder sobre seus súditos tiver o poder de tomar de qualquer indivíduo particular a parte de sua propriedade que lhe aprouver e, dela se servir e dispor, conforme lhe convenha.<sup>90</sup>

Ao governo, seja em que mãos estiver, o poder foi confiado pelos homens, para que pudessem ter e garantir suas propriedades. Diz Locke que o príncipe ou o senado, por mais que possam dispor do poder de elaborar leis destinadas a regular a propriedade dos súditos entre si, jamais poderão dispor de um poder de tomar para si, no todo ou em parte, a propriedade sem o consentimento destes. Isso equivaleria, na verdade, a deixá-los sem propriedade nenhuma.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> LOCKE , op. cit., p. 511.

<sup>91</sup> Id. ibid., p. 512.

Quanto à necessidade de pagar tributos, a fim de usufruir da segurança proporcionada pelos governos, afirma Locke que é adequado que todo indivíduo que usufrua de uma parcela de proteção pague, de seus próprios haveres, uma parte necessária para mantê-la, pois os governos não podem se sustentar sem grandes encargos. Exige, no entanto, que haja o consentimento do indivíduo que a usufrua, devendo ser esse, por maioria, dado diretamente ou através de seus representantes por ele escolhidos. Por outro lado, se houver imposição do pagamento por parte de quem detém o poder, estará sendo violada a lei fundamental da propriedade, subvertendo o fim do governo.<sup>92</sup>

As concepções filosóficas de Locke sobre o Estado de Natureza e sobre a sociedade civil levam-nos a examinar os direitos e deveres do homem na sociedade civil, na busca de segurança da propriedade e da liberdade do homem em relação à sua própria pessoa e bens. Ou seja, impõe-se que façamos uma análise dos limites da propriedade.

#### ***1.4 Os Limites da Propriedade***

É importante destacar que o estudo que fazemos sobre a propriedade tem como ponto central a obra “Dois Tratados sobre o Governo”, de John Locke, e a análise feita por Macpherson.

Para Locke, o grande e principal fim de os homens unirem-se em comunidades e de se colocarem sob governo é a preservação de sua propriedade. Os homens se dispõem a abdicar da liberdade no estado de natureza, e submetem-se à sociedade e ao governo, para preservarem suas vidas, liberdades e bens, por meio de regras pré-estabelecidas de direito e de propriedade, com o objetivo de assegurar sua paz e tranqüilidade. Sendo a preservação da propriedade o fim do governo e a razão pela qual os homens entram em sociedade, isso pressupõe e, necessariamente, exige que o povo tenha propriedade. É um direito que antecede a

---

<sup>92</sup> Id. *ibid.*, p. 512.

existência da sociedade e do governo civis, ou que deste independe, conforme análise de Macpherson.<sup>93</sup>

A propriedade é apresentada por Locke em dois sentidos. O primeiro, é de que os homens têm a propriedade em si mesmos, e, por natureza, têm um poder de preservar a sua vida, a sua liberdade e sua riqueza. O segundo, é de que usa a propriedade em sentido mais comum, como faz no capítulo “Da Propriedade”, em seu “Tratado sobre o Governo”, quando se refere à propriedade de terras e bens, como sendo direito dos homens. Em ambos, Locke demonstra o direito natural do homem à propriedade.

No estado natural, o homem tem liberdade para ordenar seus atos, dispor de suas posses e de pessoas, da maneira que achar ser conveniente, mas dentro dos limites da lei da natureza. Ou seja, a lei da natureza impõe limites aos homens, uma vez que todos são iguais e independentes, ninguém deverá prejudicar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou suas posses. Os limites da lei da natureza são transferidos ao direito natural do indivíduo à propriedade.

Podemos concluir que o direito de propriedade vem acompanhado de alguns limites que são inerentes ao seu fundamento: é preciso deixar bastante e tão bom para os outros; nada do que é apropriado pode ser desperdiçado; a quantidade de bens apropriados depende do que uma pessoa possa obter com o seu trabalho.<sup>94</sup>

No princípio, a terra e seus frutos foram dados em comum à espécie humana. É o preceito que encontramos na lei natural e nas Escrituras; após, no período medieval e no século XVII.

Deus, que deu o mundo aos homens em comum, deu-lhes também a razão, a fim de que dela fizessem uso para maior benefício e conveniência da vida. A Terra, e tudo quanto nela há, é dada aos homens para o sustento e o conforto de sua existência [...]<sup>95</sup>

Está presente na obra de Locke a aceitação de que o mundo foi dado aos homens em comum por Deus e que, da mesma forma, foi dada a razão aos homens,

---

<sup>93</sup> MACPHERSON, op. cit., p. 209.

<sup>94</sup> Id. ibid., p. 213.

<sup>95</sup> LOCKE, John. op. cit., p. 406-407

a fim de que dela fizessem uso para maior benefício e conveniência da vida. A Terra e tudo que nela existe é dada aos homens para o seu sustento e conforto de sua existência. Como tudo é dado em comum, Locke afirma que deve haver um meio do homem, em particular, se apropriar de parte delas de um modo ou de outro. Essa apropriação é admitida através do trabalho.

Inicialmente a lei natural, sob a qual o homem estava, era favorável à apropriação. Foi a ordem de Deus que forçou o homem ao trabalho. Esse era a sua propriedade, e essa não poderia ser tirada onde quer que ele a tivesse fixado. Foi o trato, o cultivo e o domínio sobre a terra que levaram à propriedade da terra, estando esses elementos intimamente ligados.

O direito à conservação da vida pelo homem e do trabalho como propriedade sua é que fundamenta a apropriação individual dos produtos da terra que, na sua origem, foram dados em comum à humanidade.<sup>96</sup>

Com referência aos limites da propriedade, que Locke explicita, podemos dizer, em primeiro lugar, que alguém pode se apropriar somente de uma parte das provisões naturais e que deve deixar bastante e tão bom para os outros. O homem necessita das provisões naturais para a sua própria conservação, para suprir suas necessidades vitais e tudo, de que venha a se apropriar, por seu trabalho, é de sua propriedade.<sup>97</sup>

Em segundo lugar, observa Locke, Deus nos deu tudo em abundância, para usufruirmos, desde que os homens se apropriem dos bens por seu trabalho, antes que se estraguem, fixando sua propriedade. Como havia abundância de provisões naturais, cabia ao homem, no estado natural, apropriar-se dos bens de que necessitava para viver, porém sem desperdiçar ou destruir, sendo admitida a troca

---

<sup>96</sup> No mesmo sentido, afirma FRANÇA, Vladimir da Rocha. Um estudo sobre a relação entre o Estado e a propriedade privada a partir de John Locke. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Secretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, a. 37, n. 148, p. 187, out./dez. 2000, p. 187, “Desde o momento do nascimento do homem, este teria o direito a sua preservação. Deus concedeu o mundo aos homens em comum, bem como a razão, para que possam subtrair da terra “o maior benefício de sua vida e de suas conveniências” (Locke, 1994, p.97). Os bens se apresentam originariamente em seu estado natural, necessitando sua apropriação de um meio que os tornem proveitosos”.

<sup>97</sup> Também nos afirma França (2000, p. 188) que “Não é preciso o consentimento dos outros homens para que se possa transformar um bem no estado natural, por meio do trabalho, em direito privado. [...] O trabalho retira das mãos da natureza o bem comum e o transforma em propriedade”.

do excesso das provisões. Não era admitido o perecimento dos bens nas mãos do apropriado, estabelecendo-se o comércio por troca dos produtos perecíveis. A comercialização dos excedentes, frutos do trabalho, só era permitida dentro desses limites.<sup>98</sup>

Prega Locke que o homem deve se apropriar das provisões naturais, fixando sua propriedade, sem desperdício. É bom lembrar que, no início, havia muita provisão natural, e o limite ao homem é de que deveria apropriar-se apenas do necessário para viver, podendo efetuar a troca entre os demais.

Em terceiro lugar, explicita Locke que a propriedade, adquirida por apropriação legítima, é limitada pela quantidade que uma pessoa possa obter por seu próprio trabalho. Aqui encontramos a questão da propriedade da terra. O homem adquire a propriedade da extensão de terra que pode arar, plantar, melhorar e cultivar, e os produtos dela, que é capaz de usar, constituem sua propriedade. A delimitação é feita pelo trabalho, e os demais não poderiam tomar-lhe. Para essa apropriação, não depende o homem de nenhum consentimento, pois Deus lhe ordenou que trabalhasse a terra. Como havia bastante e tão bom, de sobra para os outros, não havia nenhum prejuízo para os demais. Restou instituída a propriedade individual da terra, com a apropriação limitada.

Ocorre que esses limites são flexibilizados, a partir da invenção do dinheiro. Esse é introduzido por um consentimento tácito que é anterior ao consentimento que veio a formar o estado de sociedade. Sua utilização transcende ao limite do desperdício, pois permite trocar bens perecíveis por ouro e prata, possibilitando o acúmulo de valor sem desperdício ou perda. Isso propiciou a passagem do homem a um outro estado de natureza, permitindo o desenvolvimento de uma economia mercantil, na qual a terra e os bens podem ser utilizados como capital.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> Quanto ao desperdício, diz França (2000, p. 188) que “O que exceder a esse limite não pode ser apropriado individualmente e deve permanecer no domínio, pois, ‘Deus não criou nada para que os homens desperdiçassem ou destruíssem’” (LOCKE, 1994, p. 100). Também afirma o mesmo autor, (2000, p. 188) que “Para Locke (1994, p. 101), é inconcebível que Deus tenha criado o mundo para que a terra permanecesse inerte, sem as comodidades da vida que ela oferece aos homens dispostos a investir o seu trabalho para se apropriar de um bem da natureza que nasceu de todos”.

<sup>99</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. John Locke. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, p. 544.

Com o dinheiro, o homem amplia a sua propriedade que vai além da apropriação pelo trabalho de sua família, e, pela simples troca de bens perecíveis e úteis, passa a consumir uma variedade maior de bens. Essa é a forma mercantilista com que Locke vê a propriedade. Há uma identificação do dinheiro com capital e ambos são associados à terra. Na opinião de Locke, a finalidade da agricultura, da indústria e do comércio era a acumulação de capital. O objetivo era originar mais capital para possibilitar investimentos proveitosos.<sup>100</sup>

Conforme análise de Macpherson, o limite da lei natural não é negado, pois a apropriação de uma grande quantidade de bens que venha a se estragar antes de serem consumidos é condenada. O dinheiro possibilita a troca de qualquer quantidade de produto por capital ativo que não se deteriora. Analisa o posicionamento de Locke, dizendo que ele considera não ser injusto nem insensato acumular qualquer quantidade de terra, de modo a fazê-la produzir um excedente que possa ser convertido em dinheiro e usado como capital.<sup>101</sup>

O dinheiro para Locke é uma mercadoria. Ele tem valor porque é uma mercadoria que pode entrar em permuta com outras mercadorias, mas sua principal finalidade é servir como capital. O objetivo não é proporcionar uma renda para consumir mais, mas originar mais capital para proporcionar mais investimentos.

Locke demonstra que o dinheiro tornou possível e justa a acumulação de mais terras por um homem do que aquelas que ele poderia utilizar antes que os bens naturais se desperdiçassem. Para ele, agora é possível trocar qualquer quantidade de produto por capital ativo que não se deteriora. Considera que não é injusto nem insensato acumular qualquer quantidade de terra, desde que possa produzir um excedente que possa ser convertido em dinheiro e usado como capital. É dessa forma que Locke procura demonstrar que o limite da lei natural inicial não é negado e que a limitação do desperdício imposta pela lei natural não se tornou sem efeito em relação à acumulação de terras e de capital.

---

<sup>100</sup> Sobre a necessidade de convenção de valor sobre uma mercadoria, diz França (2000, p. 189) que “O excedente da produção retirada da natureza padecia do risco de que não imediatamente consumida ou trocada por outra, provocou a necessidade da convenção de valor sobre a mercadoria que, embora em si mesma não necessária para a subsistência do homem, poderia ser por um longo tempo para que pudesse ser trocada pela mercadoria demandada. [...] a invenção do dinheiro acabou viabilizando a expansão das posses. [...] O dinheiro permitiu que qualquer um alcançasse status social elevado no corpo político.”

<sup>101</sup> MACPHERSON, op. cit., p. 220.

Dessa forma, o dinheiro, a desigualdade de posse da terra e a substituição do limite inicial de desperdício e o limite da quantidade de terra que um homem pode possuir legitimamente são colocados por Locke no estado de natureza.

Podemos perceber, assim, que inicialmente são fixados os limites para a propriedade limitada. No início, o homem apropriava-se das provisões naturais suficientes para a sua sobrevivência, deixando tanto e tão bom para os outros, pois havia em abundância. Após, o limite era fixado pela apropriação pelo trabalho, ou seja, a quantidade de bens apropriados dependia do que uma pessoa pudesse obter com o seu trabalho, sem desperdício, pois admitida a troca do excesso das provisões. Com a criação do dinheiro, por convenção, restou admitida a propriedade ilimitada por um homem em relação aos demais, com o objetivo que transformar o excedente em mais dinheiro, convertendo-se esse em capital para gerar mais e mais investimentos. Afastado o desperdício, Locke procura demonstrar que não é negado o limite da lei natural, demonstrando que a propriedade ilimitada é possível e justa.

### **1.5 A Propriedade a Partir de KANT**

Ao tratar sobre o tema do Direito Privado, Kant inicia analisando como ter alguma coisa externa como sua. No primeiro parágrafo afirma que *“é juridicamente meu aquilo com o que estou de tal forma ligado [...]”*. Adota duas posições em relação à posse, dizendo que *“[...] alguma coisa externa seria minha somente se eu pudesse assumir que poderia ser prejudicado pelo uso de uma coisa por outrem, ainda que eu não esteja de posse dela”*. Trata-se da *posse sensível* que se entende como sendo a posse física, e a segunda, *inteligível*, como sendo tão-só uma posse jurídica do mesmo objeto.<sup>102</sup>

A distinção fundamental entre a *“[...] posse sensível, física, empírica ou possessio phaenomenon e a posse inteligível, jurídica ou possessio noumenon que resolve a contradição”*<sup>103</sup> é entendida na primeira proposição, como a posse como

---

<sup>102</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro. 2003, p. 91

<sup>103</sup> TERRA, Ricardo Ribeiro. A doutrina kantiana da propriedade. **Discurso 14**. Rev. do Departamento de Filosofia da FFLCH da USP. São Paulo, v. 14, p. 113-157, 1983, p. 116.

empírica, enquanto na segunda, é inteligível. Ambas são verdadeiras, pois “[...] só poderei dizer que algo exterior é meu se puder considerar-me lesado pelo uso que outro fizer deste objeto mesmo que eu não esteja fisicamente em posse dele, o que será possível em termos de posse inteligível.”<sup>104</sup>

A distinção entre a posse empírica e jurídica é feita por Kant. A primeira, “[...] em conformidade com direitos não ultrapassa o direito de uma pessoa com respeito a si mesma”.<sup>105</sup> Já quanto à segunda, podemos explicar como se referindo a “Aquele que a afeta contra meu consentimento (por exemplo, tira-me a maçã da mão), afeta e cerceia o meu interior (minha liberdade), está em sua máxima em direta contradição com o axioma do direito”.<sup>106</sup>

Refere-se a posse inteligível à possibilidade de possuir uma coisa externa a nós mesmos, colocando de lado quaisquer condições de posse empírica no espaço e tempo, pressupondo a possibilidade de *possessio noumenon*, o que vai além dessas condições limitadoras.<sup>107</sup> A posse inteligível vai além do direito de uma pessoa em relação a si mesma.

Na exposição do conceito de “meu” e “teu” exteriores, é preparado o campo para a definição real e para a dedução do conceito de posse jurídica. Os objetos exteriores são divididos em três espécies, que podem estar relacionados ao arbítrio de cada um, insistindo no caráter não-físico da posse afirmando Terra que:

Na primeira, tenho a posse de uma coisa corporal quando, mesmo não estando na posse física, puder afirmar que o objeto é meu. Possuo uma maçã, quando posso dizer que ela é minha, mesmo quando não a tenho em minha mão. A posse não depende do lugar onde o objeto esteja; Na segunda, a prestação de alguma coisa por alguém é minha, se posso pretender que seja realizada no futuro e não apenas no presente [...]; Na terceira, em relação à mulher, criança e criado, posso afirmar que são meus, não porque estão sob o meu poder agora, pois mesmo que se subtraíam à coerção, continuam sendo meus.<sup>108</sup>

O princípio do meu e o teu exteriores resolve-se na possibilidade da posse jurídica que, por sua vez, resolve-se na questão da possibilidade de uma proposição

---

<sup>104</sup> Id. *ibid.*, p. 116.

<sup>105</sup> KANT, *op. cit.* 2003, p. 16.

<sup>106</sup> TERRA, *op. cit.*, p. 96.

<sup>107</sup> KANT, *op. cit.* 2003, p. 96.

<sup>108</sup> TERRA, *op. cit.*, p.117.

jurídica sintética *a priori*. O postulado dá-nos a faculdade que nós não poderíamos tirar dos simples conceitos do direito em geral.<sup>109</sup>

Ainda sobre o princípio do meu e do teu, pode-se dizer que as relações entre homens e coisas não são afetadas pela propriedade, mas são alteradas substancialmente as relações do indivíduo com seus semelhantes. Adotando a formulação em termos negativos, a propriedade é impensável sem uma reciprocidade vinculadora do meu e do teu exterior sob leis públicas. Conclui-se que a propriedade é inviável à revelia de leis universais que tornam compatíveis as relações externas dos homens entre si.<sup>110</sup> Essas condições jurídicas, ocorrem somente no estado civil, afirmando Heck que,

[...] quando Kant remete à obrigação deontológica de dever celebrar um contrato originário no direito público, ele tem à disposição o princípio da legislação do estado de direito bem como uma formulação de vinculação político-fundamental.<sup>111</sup>

O conceito de posse jurídica não é provado ou compreendido, mas é uma conseqüência do postulado. Como o conceito de posse está vinculado a um postulado prático, não podemos explicá-lo e ter um conhecimento teórico, o que não deve espantar a ninguém, pois o conceito de liberdade, que é o seu fundamento, “[...] não é apto para nenhuma dedução teórica de sua possibilidade e só pode ser concluída da lei prática da razão (do imperativo categórico), como um fato da mesma.” Conclui-se que o princípio da possibilidade do *meu* e do *teu* exteriores reforça a análise do conceito de posse ineligiível e do conceito de “ter” que é o tema de toda primeira seção do direito privado.<sup>112</sup>

No parágrafo sete, Kant afirma que o conceito de um direito é simplesmente um conceito racional, não pode ser aplicado “diretamente” a objetos da experiência e ao conceito de posse empírica, tendo que ser primeiramente aplicado ao conceito puro do entendimento de posse em geral.<sup>113</sup>

---

<sup>109</sup> Id. *ibid.*, p. 118.

<sup>110</sup> HECK, José N. Estado e propriedade na doutrina do direito de Kant. **Revista Veritas**. Porto Alegre, v. 43, n. 1, p. 169-179, mar. 1998, p. 177.

<sup>111</sup> Id. *ibid.*, p. 177.

<sup>112</sup> HECK, *op. cit.*, p. 118.

<sup>113</sup> KANT, *op. cit.* 2003, p.98.

Quanto à expressão externo, parágrafo sete, diz Kant que essa “[...] não significa num lugar distinto de onde eu estou, ou que minha decisão e aceitação estão ocorrendo num tempo diferente daquele da oferta, significa apenas um objeto distinto de mim”.<sup>114</sup>

A distinção entre o “ter” e o “deter”, na concepção kantiana é

[...] a forma de ter alguma coisa externa como o que é meu consiste numa ligação meramente jurídica da vontade do sujeito com aquele objeto de acordo com o conceito de posse inteligível, independentemente de qualquer relação com ele no espaço e no tempo.<sup>115</sup>

Ter um objeto significa que ele está em meu poder, é objeto de meu arbítrio,<sup>116</sup> e eu decido como utilizá-lo. Isto não significa que eu esteja utilizando e exercendo, atualmente, com meu corpo um poder físico sobre o objeto. Pensa-se a posse aqui não em termos de detenção empírica, posse no fenômeno, mas a posse inteligível, e essa *possessio noumenon* vale “como uma legislação com valor universal: este objeto exterior é meu”.<sup>117</sup>

No parágrafo oitavo, Kant afirma que “Não estou obrigado a deixar intocáveis objetos externos pertencentes a outros, a menos que todos os demais me proporcionem garantia de que se comportarão segundo o mesmo princípio com respeito ao que é meu”.<sup>118</sup> A relação que se estabelece é de que “Se posso criar uma obrigação para os outros homens, estes também podem impor uma a mim; há um princípio de reciprocidade”.<sup>119</sup> A conclusão a que se chega é de que, pelo postulado da razão prática, é possível ter um objeto exterior como meu, e os outros podem ter algo como seu, regidos pelo princípio da reciprocidade.

<sup>114</sup> Id. *ibid.*, p. 98.

<sup>115</sup> Id. *ibid.*, p. 99.

<sup>116</sup> Na análise feita por LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e direito**. 3. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2002, p. 47 é “[...] o **arbítrio** que impulsiona o homem a agir para satisfazer seus desejos, seus apetites, não deve afetar a liberdade de arbítrio dos outros indivíduos. Em razão disso, o arbítrio, traduzido nas máximas individuais que julgam o meio apto para atingir a satisfação de um desejo, está sujeito a uma legislação exterior. Tal legislação é o Direito, isto é, o conjunto de condições através das quais o arbítrio de um indivíduo pode concordar com o arbítrio de outro, segundo uma lei universal de liberdade.” É o arbítrio a capacidade do homem de se determinar pela lei moral, fazendo dela sua máxima, cabendo ao Direito a limitação da liberdade de cada um para que seja possível a convivência dos sujeitos de direitos.

<sup>117</sup> KANT, op. cit. 2003, p. 99.

<sup>118</sup> KANT, op. cit. 2003, p. 101.

<sup>119</sup> TERRA, op. cit., p. 119.

Quanto ao princípio da aquisição exterior, é exposto por Kant somente no capítulo do direito real, sendo dedicadas poucas linhas de sua própria formulação no parágrafo décimo.

A aquisição é definida por Kant, com a seguinte afirmação: “*Eu adquiero alguma coisa quando faço com que se torne minha*” e a aquisição ordinária, como sendo aquela “[...] *que não é derivada daquilo que é de outrem*”.<sup>120</sup> Ou seja, a primeira aquisição é a que se denomina de aquisição originária.

Os três aspectos da aquisição original são apresentados por Kant no décimo parágrafo.

1) Apreensão de um objeto que não pertence a ninguém, [...] a apreensão é tomar posse de um objeto de escolha no espaço e no tempo, de modo que a posse na qual me instauro é *possessio phaenomenon*; 2) Indicação (*declaratio*) de minha posse desse objeto e de meu ato de escolha no sentido de excluir qualquer outra pessoa dele; 3) Apropriação (*appropriatio*) como o ato de uma vontade geral (em idéia) produzindo uma lei externa pela qual todos ficam obrigados a assentir com minha escolha. [...] <sup>121</sup>

A ênfase dada por Kant à aquisição originária está de acordo com outros pensadores que buscam a fundamentação da propriedade.<sup>122</sup>

Quanto às formas de aquisição da propriedade, estão divididas em três categorias: (1.<sup>a</sup>) No que tange à matéria: adquiero uma coisa corpórea ou a prestação de outra pessoa; (2.<sup>a</sup>) No que tange à forma: que é o tipo de aquisição; (3.<sup>a</sup>) No que tange à base de aquisição no direito (*titulus*) é um aspecto da maneira como a aquisição é realizada.<sup>123</sup>

Sobre a aquisição originária, a reformulação de noções de outros filósofos modernos é utilizada por Kant para solucionar o problema da aquisição originária. Duas são as teorias básicas do direito de propriedade que procuram a legitimação da aquisição: uma pela ocupação, defendida pela primeira vez na modernidade por Grotius e outra, pelo trabalho, defendida por Locke. Outra questão de disputa

<sup>120</sup> KANT, op. cit. 2003, p. 103.

<sup>121</sup> Id. *ibid.*, p. 104.

<sup>122</sup> TERRA, op. cit., p. 120.

<sup>123</sup> KANT, op. cit. 2003, p. 104-105.

consiste em estabelecer se o direito de propriedade repousa ou não numa convenção.<sup>124</sup>

O direito dos homens é o fundamento do direito. A ele é que se refere o dever de abster-se do bem de outrem, de restituir aquilo que, sem ser nosso, está em nossas mãos ou o lucro que disso tiramos, a obrigação de cumprir promessas, a obrigação de reparar o dano causado por própria culpa e a aplicação dos castigos merecidos entre os homens.<sup>125</sup> Restringe-se o direito aos objetos exteriores, sendo direito do ocupante usar e consumir as coisas postas à sua disposição segundo a necessidade natural, levando a concluir que quem lhe tirasse este direito faria injustiça.<sup>126</sup>

Sobre a liberdade, Grotius diz que “[...] não há ninguém que não gostaria de ter à disposição a possibilidade de escolha, como sendo o direito à liberdade”. Como primeiro dever, apresenta o dever de conservar no estado em que a natureza nos colocou, de reter o que é conforme à natureza e de repudiar as coisas que lhe são contrárias.<sup>127</sup> Essas noções foram utilizadas por Kant ao tratar do *meu* e do *teu*. A conclusão é de que “*Vida e liberdade são direitos básicos anteriores à propriedade*”.<sup>128</sup>

Sobre a origem da propriedade, Grotius relata que

Logo após a criação do mundo, Deus conferiu ao gênero humano um direito geral sobre as coisas dessa natureza. [...] cada um podia se apropriar para suas necessidades do que quisesse e consumir o que podia ser consumido. O uso desse direito universal tinha então a função de direito de propriedade, pois do que alguém se havia apropriado outro não podia tirá-lo dele sem injustiça.<sup>129</sup>

No início, todos possuíam alimentos, vestes, locais para morar e todos possuíam as coisas em comum. Para manter este estado, os homens mantinham um modo de vida simples como a dos povos da América ou viviam da caridade como os essênios e os primeiros cristãos.<sup>130</sup> Os homens, no entanto, não perseveraram

<sup>124</sup> TERRA, op. cit., p. 125.

<sup>125</sup> GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Ijuí-RS: Unijuí. 2005. v. 1 e 2, p. 39.

<sup>126</sup> TERRA, op. cit., p. 118.

<sup>127</sup> GROTIUS, op. cit., p. 99.

<sup>128</sup> TERRA, op. cit., p. 126.

<sup>129</sup> GROTIUS, op. cit., p. 309.

<sup>130</sup> TERRA, op. cit., p. 126.

nessa vida simples e inocente, o que os levou ao rompimento da concórdia pela ambição, sendo símbolo a torre de Babel.<sup>131</sup>

Quando a comunidade dos bens passou a desagradar, sem que ocorresse a partilha, foi realizado um acordo pelo qual o que cada um ocupasse seria de sua propriedade. Com relação às coisas que eram comuns a todos e que não foram divididas desde a primeira partilha, não poderiam mais se tornar propriedade de ninguém por uma partilha.<sup>132</sup>

Rompendo com a vida mais simples, os homens optaram por um gênero de vida mais cômodo, e tiveram de recorrer à indústria que alguns empregaram para uma coisa, e outros para outra.<sup>133</sup> Os homens passaram a necessitar do trabalho para produzir os bens mais sofisticados que pretendiam consumir.<sup>134</sup>

O tema da comunidade primitiva de todas as coisas é uma constante no pensamento jurídico moderno e Grotius foi quem forneceu os modelos desse procedimento jurídico.<sup>135</sup> Quanto à transformação das coisas em propriedade, esclareceu que isso não ocorreu por simples vontade, mas através de convenção de partilha, ou tácita, através de ocupação.<sup>136</sup>

Para entendimento do pacto estabelecido, distingue-se a aquisição originária da derivada. Esta se realiza por um contrato com aquele que já obteve a propriedade, enquanto aquela se dá em uma coisa que não tem dono ou que ainda é de todos, podendo ocorrer a aquisição por divisão ou por ocupação. Por divisão, ocorria quando ainda se constituíam os agrupamentos humanos, como antigamente; atualmente só se pode adquirir por ocupação.<sup>137</sup>

A conclusão, a partir das noções de Grotius, é de que a aquisição de algo se dá pela primeira ocupação, e que o direito de propriedade tem por base uma convenção tácita que deve ser aceita por todos.

---

<sup>131</sup> GROTIUS, op. cit., p. 312-313

<sup>132</sup> Id. *ibid.*, p. 314-316.

<sup>133</sup> Id. *ibid.*, p. 314.

<sup>134</sup> TERRA, op. cit., p. 126-127.

<sup>135</sup> Id. *ibid.*, p. 127.

<sup>136</sup> GROTIUS, op. cit., p. 314.

<sup>137</sup> TERRA, op. cit., p. 127.

Uma fundamentação do direito de propriedade, diversa de Grotius, é apresentada por Locke. Destacamos os seguintes pontos que já foram objeto de estudo em capítulo específico sobre o tema: Locke aceita que a terra foi dada por Deus aos homens em comum; ressalta que isto não impede a propriedade individual; de início descarta a necessidade de consentimento de todos os homens; após, passa a exigir pacto expresse; ponto de partida para a legitimação da apropriação individual é que cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa e de que a essa ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo; cria-se a possibilidade de passar a propriedade da própria pessoa para as coisas que possibilitam sua subsistência, pois o trabalho do homem e a obra de suas mãos são propriedade dele. O que ele retira do estado de natureza fica misturado ao próprio trabalho, tornando-se propriedade dele. O homem, proprietário de si mesmo e, portanto de seu trabalho, detém o fundamento principal da propriedade. Estabelece-se uma teoria da propriedade baseada no trabalho, independentemente de qualquer pacto entre os homens.

Sobre a aquisição da propriedade pelo trabalho, diz Locke que “*A extensão de terra que um homem pode arar, plantar, melhorar e cultivar e os produtos dela que é capaz de usar constituem sua propriedade*”,<sup>138</sup> ressaltando que foi só no princípio que pôde o trabalho dar início a um título de propriedade sobre as coisas comuns da natureza, porque após a propriedade foi regulada por pactos e por leis.<sup>139</sup>

O fundamental da apropriação para Kant, não é a mistura do trabalho como objeto, mas que aquela se funda num ato de vontade.<sup>140</sup> A transformação do objeto é expressão do arbítrio, fundando-se a apropriação na liberdade. Outra diferença é que a noção kantiana adquire função de crítica social, estando vinculada à apropriação, não apenas no passado, como em Locke, mas também no presente.<sup>141</sup>

A ética kantiana não dá, ontem como hoje, oportunidade à melhor das conveniências sociais que é a aquisição da propriedade pelo trabalho. Da teoria da aquisição que remete ao trabalho, diz Heck que “[...] *toda a propriedade fática*

---

<sup>138</sup> LOCKE, op. cit., p.412.

<sup>139</sup> Id. ibid., p. 428 e 424.

<sup>140</sup> Sobre a desqualificação das justificativas convencionais para a existência de propriedade, ver CAYGILL, Howard. **Dicionário KANT**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 264.

<sup>141</sup> TERRA, op. cit., p. 130.

*constitui um documento oficial a favor do dono como superproletário de um lumenproletário original. Quem tem algo é porque trabalhou.*” A propriedade na concepção kantiana não está apoiada na relação do homem com os objetos materiais por ele trabalhados, mas sim no plano das relações externas dos homens entre si. A propriedade é para Kant não um direito fundamental, mas uma construção da razão.<sup>142</sup>

A aquisição pelo trabalho leva a pensar a relação dos homens com as coisas como relações entre pessoas, ou seja, personificando as coisas e atribuindo-lhes uma obrigação de servir àquele que as transformou. A posse é entendida não como uma relação imediata com as coisas, mas como uma relação entre pessoas, exigindo que esteja de acordo com a vontade unida de todos.<sup>143</sup>

Ao abordar a questão referente ao ter e à aquisição do meu e do teu exteriores, assim como a relação público com o privado, Kant constata a necessidade da instituição de um estado jurídico e a conseqüente passagem do estado de natureza, expressando que

Antes de uma Constituição civil (ou na abstração desta), a possibilidade de objetos externos que são meus ou teus tem, portanto, que ser assumida e com eles um direito de constringer a todos com os quais pudéssemos entreter quaisquer negociações para que conosco ingressassem numa Constituição na qual objetos externos podem ser assegurados como meus ou teus.<sup>144</sup>

A aquisição no estado de natureza é uma aquisição provisória, e está baseada somente numa lei de uma vontade comum. A posse em antecipação é a preparação para a condição civil que pode ser baseada em uma lei de vontade comum. A posse, nessa condição, é posse jurídica provisória, enquanto a posse em condição civil real é posse definitiva.<sup>145</sup>

A conclusão é de que no estado de natureza se pode ter ou adquirir algo, mas tal aquisição é provisória. Para que cada um tenha a sua propriedade é necessário que haja uma legislação proveniente da vontade geral e um poder coercitivo que a

---

<sup>142</sup> HECK, op. cit., p. 178.

<sup>143</sup> TERRA, op. cit., p. 135.

<sup>144</sup> KANT, op. cit. 2003, p. 102.

<sup>145</sup> Id. ibid., p. 102.

execute.<sup>146</sup> Sobre a necessidade de uma vontade coletiva, diz Kant que “[...] é somente uma vontade submetendo todos à obrigação, [...] uma vontade coletiva e geral (comum) e poderosa é capaz de suprir a todos tal garantia.”<sup>147</sup> Exige-se a condição civil para possa estar submetido a uma legislação externa geral.

A conclusão, a partir do posicionamento analisado, é de que a instituição do estado civil está intimamente vinculada à necessidade da garantia da propriedade. Demonstrada a possibilidade da propriedade, abre-se caminho para a saída do estado de natureza e entrada no estado civil.<sup>148</sup>

O destaque dado por Kant é quanto à aquisição originária e a derivada, o que nos remete a uma análise da primeira posse e à forma de aquisição da propriedade, com reformulação feitas por Kant das noções de Locke.

---

<sup>146</sup> TERRA, op. cit., p. 140.

<sup>147</sup> KANT, op. cit., p. 101.

<sup>148</sup> TERRA, op. cit., p. 141.

## 2 CRÍTICA À PROPRIEDADE PRIVADA INDIVIDUAL

### *2.1 Teoria de Locke na Perspectiva de C.B. Macpherson*

O presente estudo será pautado na interpretação feita por Macpherson<sup>149</sup> da obra de Locke.

As bases do pensamento da Teoria Liberal Democrática são apresentadas por Macpherson com fundamento na teoria e na prática política do século XVII. Constata que as dificuldades da moderna teoria liberal-democrática são mais profundas do que ele mesmo havia pensado; que o individualismo, oriundo do século XVII, trazia em si a dificuldade central existente na sua qualidade possessiva. Demonstra que a qualidade possessiva se encontra na concepção de indivíduo essencialmente proprietário de sua pessoa e de suas próprias capacidades, nada devendo à sociedade por elas. Estabelece a relação de propriedade com a natureza do indivíduo. Para dar sustentação histórica à sua posição, fundamenta suas críticas, a partir de filósofos recentes, descrevendo suas concepções de propriedade e classificando-os como integrantes da corrente filosófica dominante, utilizando-os para justificar seu posicionamento crítico diante dela. Na abordagem sobre Thomas Hobbes e John Locke, procura mostrar que a teoria desenvolvida por eles, em alguns aspectos, é rigorosamente incoerente quando sopesadas as suas suposições

---

<sup>149</sup> MACPHERSON, C.B. **A teoria política do individualismo possessivo** – de Hobbes a Locke. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

implícitas. Procura explicar como o teórico pode ter permanecido sem consciência dessas incoerências.<sup>150</sup>

Macpherson afirma que tudo o que o liberal-democrata moderno poderia desejar está no trabalho de Locke. Nesse, destaca o governo pelo consentimento majoritário, direitos de minorias, supremacia moral do indivíduo, santidade da propriedade individual. Afirma que tudo é derivado de um princípio inicial de direitos e de raciocínio naturais individuais, um princípio, ao mesmo tempo, utilitarista e cristão. Atribui alguma confusão e mesmo autocontradição por se encontrar o autor quase no começo da tradição liberal, reinterpreta a natureza do indivíduo e a sociedade do século XVII. Conjectura Macpherson que as suposições não declaradas por Locke, levadas para sua teoria, tenham partido de sua compreensão da sua própria sociedade.<sup>151</sup>

Na interpretação de Macpherson, as provas levam à conclusão de que Locke não era absolutamente um individualista, mas sim um “coletivista”, na medida em que subordinava os desígnios do indivíduo aos desígnios da sociedade. Encontramos em Locke uma preocupação com o princípio democrático com o governo da maioria. Porém, essa não era absolutamente a preocupação de Locke. Macpherson questiona se o governo majoritário não colocará em perigo aquele direito à propriedade individual que Locke, claramente, pretendeu defender. A ênfase é colocada no constitucionalismo de Locke, porém o contexto da História ofusca o contexto da história social e política. O que é proposto é um compromisso entre o individualismo de Locke e seu “coletivismo” e as maiores incoerências são deixadas sem explicação.<sup>152</sup>

Algumas idéias pré-concebidas e suposições sociais do seu pensamento político estão explícitas no Segundo Tratado. A mais importante está em seu famoso capítulo “Da Propriedade”.<sup>153</sup>

---

<sup>150</sup> OLIVEIRA, Neiva Afonso. **Propriedade e democracia liberal**. Um estudo estribado em Crawford Brough Macpherson. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. Coleção Filosofia-185, p. 155.

<sup>151</sup> MACPHERSON, op. cit., p. 205-208.

<sup>152</sup> Id. *ibid.*, p. 207.

<sup>153</sup> Id. *ibid.*, p. 208.

Não há como negar que Locke centraliza a defesa a um direito individual natural à propriedade em sua teoria de sociedade civil e governo. A afirmação que se repete com muitas variações no Segundo Tratado é de que “*O grande e principal fim, portanto, de se unirem os homens em comunidades, e de se colocarem sob governo, é a preservação de sua Propriedade*”.<sup>154</sup> Afirma Macpherson que o postulado que se extrai é de que os homens têm direito natural à propriedade, um direito que antecede a existência da sociedade e do governo civil ou que destes independe.<sup>155</sup>

Propriedade, para Locke, significa a propriedade que os Homens têm de si mesmos, tanto quanto de seus Bens. O termo propriedade nem sempre é utilizado por Locke em sentido tão lato, pois encontramos em sua argumentação, quanto às limitações dos poderes dos governos, o uso da propriedade no sentido mais comum, de terras e bens. Registra Macpherson que, quando Locke usava a propriedade, tanto no sentido lato como no sentido restrito, sempre classificava a riqueza, a vida e a liberdade como objetos dos desejos naturais dos homens, objetos para cuja preservação os homens instituíram governos. Afirma que, em qualquer dos usos de propriedade, Locke precisava demonstrar um direito natural à propriedade.<sup>156</sup>

Segundo Macpherson, Locke já havia estabelecido no começo do Segundo Tratado que todo homem tinha um direito natural às posses e que se encontrava no Estado de perfeita liberdade para ordenar seus atos, dispor de suas posses e pessoas da forma que achasse conveniente, porém dentro dos limites impostos pela Lei da Natureza.<sup>157</sup>

Procede Macpherson à análise dos limites da natureza, dizendo que é preciso deixar bastante e tão bom para os outros; que nada do que é apropriado pode ser desperdiçado; que a quantidade de bens apropriados depende do que uma pessoa possa obter com o seu trabalho.<sup>158</sup>

---

<sup>154</sup> Sobre a união dos homens em comunidades, a fim de preservarem suas propriedades, afirma-nos Oliveira (2004, p. 157) que “A posição de Locke é precisamente a de um contrato social legitimado a partir do estabelecimento de uma autoridade cuja função é preservar o direito de propriedade.”

<sup>155</sup> Id. *ibid.*, p. 209.

<sup>156</sup> Id. *ibid.*, p. 209-210.

<sup>157</sup> Id. *ibid.*, p. 210.

<sup>158</sup> MACPHERSON, *op. cit.*, p. 212.

Ao analisar a limitação do desperdício, afirma Macpherson que há dois níveis de consentimento na teoria de Locke. Um é o consentimento entre homens livres, iguais, racionais, em estado de natureza, quanto à atribuição de um valor ao dinheiro que Locke trata como sendo acompanhado da aceitação convencional da obrigatoriedade dos contratos comerciais. Diz que esse consentimento é dado “fora dos limites da sociedade, e sem pacto”; deixa os homens ainda em estado de natureza, e dá-lhes o direito a maiores bens do que poderiam ter licitamente, de outro modo. Outro é a concordância de que cada um deve entregar todos os seus poderes à maioria. Esse é o consentimento que estabelece a sociedade civil. Como as prioridades estabelecidas no estado de natureza são difíceis de cumprir, Locke aponta essa como a principal, razão de os homens voltarem-se para o segundo nível de consentimento, e entrarem para a sociedade civil. É após o consentimento ao dinheiro que ocorre a saída do estado de natureza para a sociedade civil. A seqüência envolve três fases: duas do estado de natureza; uma, depois do consentimento ao dinheiro, seguidas pela sociedade civil.<sup>159</sup>

Ao abordar a limitação da suficiência, Macpherson diz que o limite da apropriação individual que Locke menciona em primeiro lugar, é de que toda e qualquer apropriação deve deixar bastante e tão bom quanto para os outros. Esse limite é menos obviamente superado pela referência à introdução do uso do dinheiro por consentimento. Não há dúvida de que Locke o considerou superado.<sup>160</sup> Também Bobbio diz que esse limite não tem grande importância na economia de uma sociedade de proprietários, pois Locke não cansa de afirmar que há terra em abundância para todos e, portanto não há que se temer que a apropriação feita por alguém possa trazer desvantagem aos outros.<sup>161</sup>

A norma da lei natural “que cada homem deveria deixar tanto quanto possa utilizar” não vale depois da invenção do dinheiro. Locke não forneceu nenhum argumento específico quanto a esse ponto. O encadeamento do raciocínio de Locke parece ter sido o de que a consequência automática da adoção do dinheiro é a evolução de uma economia mercantil, daí a criação de mercados para os frutos da

---

<sup>159</sup> MACPHERSON, op. cit, p. 212.

<sup>160</sup> Id. *ibid.*, p. 222-223.

<sup>161</sup> BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 198.

terra até então sem valor, e daí para a apropriação da terra que, até então, não valia a pena ser feita. E, por implicação, o consentimento com uso do dinheiro, é consentimento com suas conseqüências, donde o indivíduo tem justificação para se apropriar da terra, mesmo quando esta não deixa nem o bastante, nem tão boa quantidade para os outros.<sup>162</sup>

Locke apresenta um novo argumento na terceira edição do Tratado: a apropriação pelo trabalho não diminui, porém aumenta o estoque comum da humanidade. A apropriação de mais terras do que aquelas que são deixadas em quantidade suficiente e nem tão boas com a maior produtividade da terra apropriada mais do que compensa a falta de terras disponíveis para os outros. Isso supõe, naturalmente, que o aumento da produção total será distribuído em benefício, ou pelo menos, não em prejuízo, daqueles que ficaram sem terra suficiente. Locke faz essa suposição. Mesmo o diarista sem terra ganha sua mera subsistência. E a mera subsistência, dentro do padrão predominante num país onde toda a terra está apropriada e sendo plenamente utilizada, é melhor do que o padrão de qualquer membro de uma sociedade em que a terra não está apropriada e plenamente trabalhada: *“um Rei de um território grande e infrutífero lá (entre “várias nações dos Americanos”), come, mora e se veste pior do que um diarista na Inglaterra”*.<sup>163</sup>

O segundo limite da apropriação depende do próprio fim do instituto da propriedade que é servir ao sustento de cada um, com sua família. Também diz que esse não tem valor absoluto, pois vale somente em uma sociedade primitiva, antes do surgimento da moeda.<sup>164</sup>

A apropriação privada, desse modo, realmente aumenta a quantidade que é deixada para os outros. A certa altura, não sobrarão mais tanta terra para os outros,

---

<sup>162</sup> MACPHERSON, op. cit., p. 225.

<sup>163</sup> Id. ibid., p. 223-224. Afirma-nos Oliveira (2004, p. 157) que “Locke fundou o direito natural de propriedade na idéia de que o trabalho que imprime uma pessoa sobre um objeto, uma coisa ou realidade é o que dá direito a que esse objeto seja possuído pelo indivíduo que está produzindo este trabalho. Ele supõe que a ação do indivíduo sobre o objeto está “melhorando” seu valor. É este intercâmbio, esta relação que se estabelece entre a ação e o objeto que faz com que este pertença ao indivíduo, exclusivamente. O indivíduo mescla-se, através do trabalho, ao objeto. Nisto há uma relação modificadora do objeto que assume, assim, uma característica humana – a ação do homem representa, de alguma maneira, a humanização do objeto. As possessões indicam, em realidade, uma forma de personificação e nos traduzem uma maneira de ser, tendo em vista que esta relação estabelecida entre o objeto e seu possuidor é uma relação humanizadora e, de certo modo, transformadora”.

<sup>164</sup> BOBBIO, op. cit., p. 199.

porém sobrará vida bastante e tão boa (até melhor) para os outros. A idéia inicial de Locke é que a vida é um direito fundamental do homem, o que o leva a deduzir inicialmente o direito de apropriação da terra. É pela apropriação de toda a terra que é criada uma vida melhor para os outros.<sup>165</sup>

A limitação da suficiência foi superada. Permanece válida em princípio, mas agora funciona de modo diferente. Após as primeiras idades do mundo, a regra da suficiência não exige que cada apropriação de terra deva deixar terra bastante e tão boa quanto, para os outros.<sup>166</sup>

Em resumo, a apropriação de terras, em quantidade tal, que não deixe tantas nem tão boas para os outros é justificada tanto pelo consentimento tácito do dinheiro, quanto pela afirmativa de que os padrões dos que não têm terras, onde essas estão todas apropriadas e utilizadas, são mais elevados do que os padrões de quaisquer outros, em qualquer lugar onde a terra não esteja generalizadamente apropriada.

A acumulação privada que, supostamente, ocorre entre iguais, é vista como um espaço privilegiado do exercício de liberdade individual, o direito natural por excelência que antecede o próprio Estado, sendo a finalidade desse, assegurá-la. Nessa fase liberal-jusnaturalista, a propriedade é o direito fundamental por excelência, e cria o limite entre os espaços público e privado.<sup>167</sup>

Temos como conseqüência do princípio anterior que o direito natural de cada homem a obter os meios de subsistência, mediante sua operosidade, era o direito de apropriar-se dos meios de subsistência, no sentido original da intervenção de Locke. Há duas maneiras de apropriação: todos têm o direito de apropriar a terra; quando não há mais terra, o direito natural à subsistência pode ser satisfeito estipulando-se um arranjo que garanta aos que não têm terra obter a subsistência mediante seu trabalho. Locke descobriu que esse arranjo era uma conseqüência natural da adoção do dinheiro. Conclui que Locke, ao dizer que os homens, depois da adoção

---

<sup>165</sup> MACPHERSON, op. cit., p.224.

<sup>166</sup> Id. *ibid.*, p. 225.

<sup>167</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 92.

do dinheiro, têm direito a mais terra do que sobra para os outros, não contradiz sua afirmação original do direito natural de todos aos meios de subsistência.<sup>168</sup>

Tratando da suposta limitação de trabalho, Macpherson afirma que a terceira limitação aparentemente está implícita na apropriação individual. Diz que Locke não ofereceu nenhum argumento explícito para esse fim, e não precisava fazê-lo, pois a todo tempo destacava a validade da relação salarial, pela qual um homem pode, licitamente, adquirir o direito ao trabalho de outro.<sup>169</sup>

Locke enfatizava que

[...] todo Homem tem a Propriedade de sua própria Pessoa; a esta, ninguém tem nenhum Direito, a não ser ele mesmo”, quando este mistura seu trabalho com a natureza, “este Trabalho, sendo Propriedade inquestionável do Trabalhador, Homem nenhum a não ser ele pode ter direito àquilo a que (seu trabalho) está de uma vez, unido.

Não está absolutamente incoerente com a suposição de um direito natural de alienar o próprio trabalho em troca de um salário.<sup>170</sup>

Quanto mais o trabalho é afirmado como sendo uma propriedade, mais é para ser entendido como sendo alienável. Para Locke, o trabalho de um homem é tão inquestionavelmente propriedade sua que ele pode vendê-lo livremente, por um salário. O trabalho, assim vendido, torna-se propriedade do comprador que então tem direito a se apropriar do produto desse trabalho.<sup>171</sup>

A suposição de que Locke estava tomando isso como certo, desde o começo de sua justificação da propriedade, pode ser estabelecida por dois fundamentos. Primeiro fundamento: Locke aponta o reconhecido direito dos indivíduos de se apropriarem do produto natural das “[...] *terras comuns que assim permanecem por acordo*”. Aqui, como no estado de natureza, o direito é estabelecido simplesmente pelo gasto em trabalho, porém não ocorre a Locke que o direito de um homem só

---

<sup>168</sup> MACPHERSON, op. cit., p. 225-226.

<sup>169</sup> Id. *ibid.*, p. 226.

<sup>170</sup> Id. *ibid.*, p. 226.

<sup>171</sup> Id. *ibid.*, p.227.

pode ser estabelecido pelo trabalho de seu próprio corpo; é igualmente estabelecido pelo trabalho que ele comprou.<sup>172</sup>

O pressuposto de que Locke mais pensava do que deixava de pensar em relação salarial no estado de natureza pode ser visto quando se dirigia para questões de política econômica, como nas “Considerações”, quando ele tratava os assalariados como uma classe normal e numerosa na economia, sua contemporânea; e os salários, normalmente, estavam em nível de mera subsistência, e que o assalariado não tinha outra propriedade que não o seu trabalho.<sup>173</sup>

As situações são explicitadas por Macpherson em três argumentos: quando ele calcula a rapidez da circulação da moeda, as três únicas classes que considera de significação são os assalariados, os proprietários de terras e os “corretores”, ou seja, os mercadores e os lojistas; e supõe que os assalariados vivam geralmente “da mão para a boca”, e que não tenham outros recursos além dos salários. Ao investigar a incidência da taxaço, diz que os impostos não devem recair sobre “o pobre assalariado ou o artesão [...] porque este já vive apenas da mão para a boca”.<sup>174</sup>

Para Locke, então, uma economia comercial em que toda a terra está apropriada, implicava na existência de trabalho assalariado.

Segundo fundamento: O pressuposto de que Locke estava atribuindo a relação salarial ao estado de natureza é ainda mais fortalecido quando observamos que ele relaciona os direitos naturais e a lei natural com a sociedade civil. Já que a propriedade civil não pode sobrepujar a lei natural, e já que tanto a apropriação de mais terras do que aquela que um indivíduo pode, ele mesmo, trabalhar, como a compra do trabalho dos outros são legítimos na sociedade civil, ambas devem ter estado de acordo com a lei natural.<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup> MACPHERSON, op. cit., p. 227.

<sup>173</sup> Id. ibid., p. 228.

<sup>174</sup> Id. ibid., p. 229.

<sup>175</sup> Id. ibid., p. 230.

Enquanto ninguém tem o direito natural de alienar sua própria vida, que é propriedade de Deus, ou tirar arbitrariamente a vida ou a propriedade de outrem, é-lhe deixado o direito natural de alienar sua propriedade.<sup>176</sup>

Qualquer direito de propriedade menor do que esse teria sido inútil a Locke, pois a livre alienação da propriedade, inclusive da propriedade do próprio trabalho, mediante compra e venda, é um elemento essencial da produção capitalista. E a alienação do próprio trabalho de alguém está nitidamente diferenciada da concessão de poder arbitrário sobre a própria vida, na diferenciação de Locke entre o escravo e o livre assalariado.<sup>177</sup>

A conclusão é de que Locke tomou por subentendido, durante toda a sua justificativa do direito natural à propriedade, que o trabalho era naturalmente uma mercadoria, e que a relação salarial que dá o direito de apropriação do produto do trabalho de outrem fazia parte da ordem natural. Daí conclui-se que a terceira suposta limitação ao direito natural de apropriação (ou seja, o máximo que alguém possa trabalhar por esforço próprio) nunca foi cogitada por Locke. Não é o caso de Locke remover essa limitação, pois não estava presente em seu pensamento, mas tem sido vista em sua teoria pelos que a bordaram na tradição moderna do humanismo liberal.<sup>178</sup>

Também Bobbio considera que não há razão para excluir a alienação do trabalho da concepção filosófica produzida por Locke sobre a sociedade e a propriedade, por três motivos. Primeiro, porque Locke declarou que a primeira propriedade de que o indivíduo é titular é a sua pessoa. Segundo, porque é da essência da propriedade a utilização da coisa possuída. Terceiro, porque a alienação é uma das manifestações mais normais da livre utilização.<sup>179</sup>

Sobre a contribuição de Locke, diz Macpherson<sup>180</sup> que a doutrina da propriedade em Locke aparece sob uma nova luz, vindo a restabelecer a significação que teve para Locke e seus contemporâneos. A novidade de sua doutrina está na insistência em que o trabalho de uma pessoa é propriedade dela e

---

<sup>176</sup> MACPHERSON, op. cit., p. 231.

<sup>177</sup> Id. *ibid.*, p. 231.

<sup>178</sup> Id. *ibid.*, p. 235.

<sup>179</sup> BOBBIO, op. cit., p. 201.

<sup>180</sup> MACPHERSON, op. cit., p. 232-233.

tem quase a significação oposta àquela que lhe tem sido atribuída nos últimos anos; fornece uma base moral à apropriação burguesa. Com a remoção das duas limitações iniciais, que Locke reconheceu explicitamente, a teoria da propriedade, no todo, é uma justificação do direito natural, não apenas à propriedade desigual, mas a uma apropriação individual ilimitada. A insistência em que o trabalho do indivíduo lhe pertence é a raiz da sua justificação. Se é o trabalho, propriedade absoluta do homem, o que justifica a apropriação e cria o valor, o direito individual de apropriação sobrepuja quaisquer reivindicações morais da sociedade.<sup>181</sup>

Afirma Macpherson que Locke “*Justificou, como natural, uma diferenciação de direitos e de raciocínios, e assim fazendo, forneceu uma base moral positiva para a sociedade capitalista*”.<sup>182</sup>

A pretensão de Macpherson, ao descrever as concepções de propriedade de Thomas Hobbes e John Locke, é fazer uma crítica à corrente filosófica dominante da moderna teoria liberal-democrática.

O que podemos concluir, apesar da crítica estabelecida por Macpherson, é que a aquisição de bens, de forma ilimitada, é vista como o exercício da liberdade individual, um direito natural por excelência que já existia anteriormente ao Estado e que, com sua instituição, passou a ter por finalidade a proteção da liberdade do homem, assim como a proteção de seus bens, ou seja, de sua propriedade.

---

<sup>181</sup> Sobre a propriedade ilimitada, afirma Oliveira (2004, p. 209) que “John Locke foi o primeiro a tematizar a propriedade como direito individual de apropriação ilimitada. Sua posição tornou-se padrão daqueles que formularam o pensamento da classe dirigente inglesa, desde a revolução de 1688, bem como dos que fizeram e consolidaram as revoluções francesa e americana, no século XVIII. Sua teoria de justificação de propriedade, portanto, foi gravada – ou, pelo menos, está implícita – nas constituições das primeiras grandes nações capitalistas”.

<sup>182</sup> MACPHERSON, op. cit, p.233.

## 2.2 Conceção Aberta e Plural de Propriedade

### 2.2.1 Visão de GROSSI

Paolo Grossi faz excelente estudo sobre a propriedade, realçando e destacando o singular e o plural em sua obra. O título da obra já é revelador,<sup>183</sup> pois o que o autor pretende mostrar é a visão singular e individual de propriedade e sua evolução para o plural, o que revela uma nova concepção de propriedade. A visão que apresenta encerra um significado histórico, pois entende que é através dele que ocorre a radical mudança de mentalidade.<sup>184</sup>

A proposta do autor é olhar as coisas sem preconceitos individualistas e com uma disponibilidade total para ler as coisas sem grandes deformações, pois as coisas haviam revelado que eram estruturas, senão específicas, com ordens específicas e diversificadas que requerem diversas e particulares construções jurídicas.<sup>185</sup> As palavras de Grossi revelam essa preocupação em mostrar a relação entre os homens e as coisas sem preconceitos individualistas, ao dizer que

Aquí había germinado la intuición elemental de que era hora de mirar a la relación entre el hombre y las cosas, no desde la altura del sujeto, antes

---

<sup>183</sup> “O título da obra é resultado de uma reflexão pessoal feita por Grossi, a partir de Salvatore Pugliatti, na conferência sob o título “La Proprietá e la Proprietá”, que o levou a uma sistematização e à mudança na maneira de olhar a relação entre o homem e as coisas. A origem dessa mudança foi o primeiro Congresso Nacional de Direito Agrário de 1935, no qual Pugliatti participou aos congressistas sua larga reflexão pessoal e ao mesmo tempo levou a termo com uma sistematização admirável, o giro que, por mérito seu e de Enrico Finzi, se havia (*sic*) produzido na doutrina italiana dos anos trinta.” (GROSSI, Paolo. **La propiedad y las propiedades**: Un análisis histórico. Espanha: Civitas, 1992, p.20).

<sup>184</sup> Sobre a evolução da propriedade singular e individual para o plural, diz DÍEZ-PICAZO, Luis. Prólogo, *apud* RODOTÁ, Stefan. **El terrible derecho**. Madri: Editorial Civitas, 1986, p. 17, que “La idea de la multiplicidad de propiedades – no existe la propiedad, sino las propiedades – trata de romper con ese esquema. Los partidarios de esta tesis sostienen la desintegración del concepto unitario y la diversificación de los regímenes jurídicos. El concepto unitario de propiedad deja paso a la idea de la diversidad de propiedades, ya que, según sea la naturaleza del objeto, la situación jurídica habrá de tener un contenido diferente. No se pueden aplicar las mismas directrices, o los mismos esquemas, al régimen de la propiedad mobiliaria que a la inmobiliaria, a la propiedad urbana que a la rústica y así sucesivamente. Hay, según ello, diferentes “estatutos de propiedad”.

<sup>185</sup> Sobre a linguagem do individualismo, trazemos a explicação de VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.255: “Em vez de visar a ordem do grupo, está centrada no “sujeito” em particular. Tende a conceber e a exprimir as “qualidades” ou as “faculdades” de um sujeito, as forças que seu ser irradia: poderes, mas no sentido principal da palavra, entendida como capacidade da pessoa, inerente ao sujeito: no sentido “subjetivo”. Conseqüência: esse poder é concebido, de partida, como “ilimitado”. É apenas num segundo momento, quando for preciso dar conta dos poderes concorrentes dos outros, que lhe atribuirão fronteiras. Inicialmente, ele não é uma parte definida.”

bien poniéndose al nivel de las cosas y observando desde abajo aquella relación, sin preconceptos individualistas y con una disponibilidad total para leer las cosas sin gafas deformadoras. Y las cosas habían revelado que eran estructuras no genéricas sino específicas, con órdenes específicos y diversificados que requieren diversas y particulares construcciones jurídicas, si estas últimas quieren ser adecuadas y no mortificantes.<sup>186</sup>

Macpherson destaca que, no individualismo possessivo, o indivíduo é essencialmente o proprietário de sua própria pessoa e de suas próprias capacidades, pelas quais ele não deve nada à sociedade.<sup>187</sup>

A instalação de uma metodologia fundamental foi possível, para Grossi, com a relativização e desmistificação da propriedade moderna. Foi a partir dos climas históricos e dos mais variados conteúdos que identificou uma abertura para a concepção da propriedade. Diz que é através da historificação que chegamos à pluralidade da propriedade, pois *“Sobre esto el historiador no puede más que estar de acuerdo; para él ‘propiedad’ debe ser solamente un artificio verbal para marcar la relación histórica que un ordenamiento da al problema del vínculo jurídico más intenso entre un sujeto y un bien.”*<sup>188</sup> É o historiador que recupera os dados históricos e projeta uma ideologia sobre a propriedade.

Ainda que o título remeta à pluralização da propriedade, não é possível desvincular o caráter individual da propriedade. Há sempre um mínimo de posse e de individualidade presente na concepção de propriedade. Parte o autor de realidades que considera vivíssimas do período medieval, que se arrastam e que se mantêm até nossos dias. A partir desta perspectiva, Grossi afirma que

El primer riesgo es el de un pesado condicionamiento mono cultural: nuestro título, aun con todas sus pluralizaciones, lleva impreso el reclamo embarazoso a un universo “propietario”, y propiedad es siempre mínimo de pertenencia, de poderes exclusivos y dispositivos conferidos a un determinado sujeto por el ordenamiento jurídico.

[...] hay todo un pulular vivo para nuestra atención de culturas propias de planetas jurídicos diversos, en donde no es tanto la tierra la que pertenece al hombre sino más bien el hombre a la tierra, donde la apropiación individual es invención desconocida u ordenación marginal.<sup>189</sup>

<sup>186</sup> GROSSI, Paolo. op. cit. 1992, p. 21.

<sup>187</sup> MACPERSON, op. cit., p. 275.

<sup>188</sup> GROSSI, Paolo. op. cit. 1992, p. 22.

<sup>189</sup> Id. ibid., p. 25-26

O estudo histórico, realizado por Grossi, parte do período Medieval. Nesse período, nas zonas da Europa Ocidental, encontrava-se a chamada “propriedade coletiva”, termo considerado impróprio, pois não encontramos uma propriedade que não seja individual, seja ela condomínio, propriedade de uma pessoa jurídica ou, ainda que fosse pública e do estado, pois considera que seria sempre individual, ainda que não ligada a um indivíduo fisicamente existente.<sup>190</sup>

Esclarece Grossi que a propriedade coletiva tem em comum a garantia de sobrevivência para os membros de uma comunidade plurifamiliar, com uma função essencialmente alimentar. Tem como conteúdo fundamental o primado do objetivo sobre o subjetivo que se cristaliza como objetividade histórica na relação com o indivíduo, na ordem comunitária.<sup>191</sup>

Na sociedade coletiva, a apropriação, no sentido tradicional do termo, ocorre de forma indireta sobre o produto de fundo que serve à sobrevivência cotidiana de um núcleo familiar. Desse modo, a apropriação não alcança nunca o próprio objeto de fundo que é a propriedade. A propriedade é vista como um meio para a sobrevivência.<sup>192</sup>

Tomando a propriedade como convenção verbal, Grossi insere também em seus limites as formas de “propriedade coletiva”. Chama a atenção, para que não se descure a existência de um território uniforme, muito bem multifacetado dentro daqueles limites e que não se cometa a ingenuidade imperdoável de crer que tudo se esgota no universo da posse, conforme a corrente bem pensante do dominante pensamento oficial.<sup>193</sup>

Conclui o autor que o título de sua obra, com sua oprimente reclamação ao “próprio” e ao “meu”, não deve vendiar nossos olhos e fazer-nos considerar apenas uma paisagem jurídica, pela simples razão de que nos é próximo e familiar. Invoca nossa atenção para que nos mantenhamos de olhos abertos para outras concepções de propriedade. Considera que

---

<sup>190</sup> Id. *ibid.*, p. 26.

<sup>191</sup> Id. *ibid.*, p. 28.

<sup>192</sup> GROSSI, Paolo. *op. cit.* 1992, p. 28. (tradução nossa).

<sup>193</sup> Id. *ibid.*, p. 29-30.

[...] Vivir en el interior del universo de la pertenencia, como es nuestra suerte, sin abrir ideales ventanas al exterior, arriesga no solamente hacernos considerar única la que es simplemente una solución histórica dominante, sino hacémosla considerar la mejor posible, con la consiguiente condena de toda otra solución como anómala y peor.<sup>194</sup>

Sobre a história da propriedade e sua definição, também encontramos manifestação, que corrobora a idéia de Grossi, em Gilissen. Na realidade, o historiador constata que não existe *uma* definição de propriedade, mas um grande número, que varia de acordo com as épocas e com as regiões. A par da propriedade individual que atribui o gozo de uma coisa a uma dada pessoa – que se chama também de propriedade pessoal ou propriedade privada – há formas de propriedade familiar, coletiva, comunitária, pública ou estatal. Esta multiplicidade de formas aplica-se, sobretudo, à propriedade fundiária, ou seja, à propriedade da terra.<sup>195</sup>

A reconstrução das situações reais do alto-medieval<sup>196</sup>, segundo Grossi, tem sido tentada pelos historiadores, partindo do sujeito, do esquema individualista da propriedade, com investigações dos termos *propietas* e *dominium* que se encontram nas mais remotas cartilhas e nos mais obscuros textos da lei. Diz que, nessas, o único procedimento metodológico é de despejar a forma pré-concebida de aproximação mental que mede a propriedade à realidade, em correspondência com o esquema de propriedade individual.<sup>197</sup>

O *dominium*, que chamamos de direito de propriedade, e que se tornou o arquétipo e modelo do direito subjetivo, não é apresentado em Roma sob o qualificativo de direito, conforme nos afirma Villey. Diz que de fato, o *dominium* pode ter sido, em muitos aspectos, um poder absoluto, porém o direito romano absteve-se de consagrar esse absolutismo, de lhe dar garantias, pois não era essa sua função.

<sup>194</sup> Id. *ibid.*, p. 30.

<sup>195</sup> GILISSEN, op. cit., p. 635-636.

<sup>196</sup> Sobre as fases da Idade Média, afirma Grossi (1992, p. 49), que “No hablaremos de una edad preparatoria de la otra dos edades están comprometidas en la misma construcción, utilizando – eso sé – materiales diversos pero que convergen en el mismo intento constructivo. Si la primera edad debe, sobre todo, ser contemplada como el taller de la praxis y la segunda como un laboratorio sapiencial; si la primera tiene una faceta completamente agro-forestal y es momento de colonización y de reconquista de la tierra, en tanto que la segunda no tardará en ser incluso tiempo de ciudad y de comercio; si estas no desmentidas consideraciones puntualizan la exigencia de señalar los planos diversos de acción y los diversos instrumentos adoptados, todo ello no debe desviarnos de recolectar el fruto histórico más frondoso, o lo que es lo mismo, la construcción de una experiencia jurídica unitaria”.

<sup>197</sup> GROSSI, op. cit. 1992, p. 34-35.

Ele não qualifica poderes e não faz deles direitos. Ele traça os limites dos domínios, porém o que acontece em cada domínio, as relações do proprietário com o domínio que lhe corresponde, isso não lhe concerne. No direito romano não há definição do conteúdo do suposto direito subjetivo de propriedade.<sup>198</sup>

Para Grossi, o alto-medieval é uma grande civilização possessória, entendendo-se o objetivo possessório não no sentido romanístico, mas na concepção de Enrico Finzi. É a conotação de um mundo de feitos, nem formais nem oficiais, porém provido de agressividade e de incisividade.<sup>199</sup>

Nesse período, podemos dizer que a propriedade é reduzida a um mero registro cadastral, pois não há a presença embaraçosa do estado nem movimentos culturais importantes.<sup>200</sup> É construído um sistema de situações reais, com efetividade econômica sobre o bem, não ligado ao *dominium* nem ao *domina*.<sup>201</sup>

Desaparece o velho ideal clássico da validade, ou seja, da correspondência a modelos e tipos. Surgem, de forma desordenada e viva, situações toscas, não filtradas por nenhum crivo cultural, que se impõem na base de feitos primordiais que são a aparência, o exercício, e o gozo. No centro do ordenamento e de sua atenção está a coisa, com suas regras naturais, e não o sujeito com suas próprias vontades e presunções. É o reino da efetividade,<sup>202</sup> enquanto

---

<sup>198</sup> VILLEY, op. cit., p. 258.

<sup>199</sup> Id. ibid., p. 35.

<sup>200</sup> Sobre o Estado na Idade Média, diz PEZZELA, Maria Cristina Cereser. Código Civil em perspectiva histórica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **O novo código civil e a constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a, que “O Estado, que o Medieval não conheceu, é uma entidade política que tende a apropriar-se de todas as relações sociais que se desenvolvem no seu âmbito, o Estado é, por sua vocação, *uma entidade omnicompresiva*.” Na nota de rodapé n. 8, a autora explica a expressão omnicompresiva, como sendo uma expressão italiana, sem uma correspondente na língua portuguesa, que pode ser compreendida como “que inclui tudo”. (p. 36).

<sup>201</sup> GROSSI, op.cit. 1992, p. 35.

<sup>202</sup> A distinção entre eficácia, eficácia jurídica, eficácia social e a própria aplicação é feita por MATTOS, Liana Portilho. **A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2003, p. 86-87. “A eficácia, como se sabe, consiste na aptidão do ato jurídico para produzir efeitos, para irradiar as conseqüências que lhe são próprias. A eficácia jurídica guarda relação com a qualidade da norma em produzir os seus efeitos ínsitos, em regular as situações, relações e comportamentos nela indicados. [...] A eficácia social da norma jurídica, embora também comporte tratamento de acepções distintas por parte da doutrina, está um passo além da aptidão típica da norma para produzir efeitos (eficácia jurídica). Ela diz respeito à conformidade de uma situação fática a uma determinada norma jurídica, à aproximação íntima entre os efeitos possíveis e sua irradiação efetiva no plano do concreto (aplicação). Aqui, portanto, é que se dá o encontro – também não consensual – entre os conceitos de eficácia social, aplicação e efetividade.” É na eficácia social que encontramos os meios para a efetiva aplicação da norma.

[...] desaparece el viejo ideal clásico de la validez, es decir, de la correspondencia a modelos y tipos. No-arquitectura y formas sapientemente preconstituídas sino un germinar desordenado y vivo de situaciones toscas, no filtradas por ninguna criba cultural, que se impone en base a hechos primordiales que son la apariencia, el ejercicio y el goce. Y, en el centro del ordenamiento y de su atención no ya el sujeto con sus propias voliciones y presunciones sino la cosa con sus naturales reglas incluidas, fuerza que impregna toda forma jurídica, antes bien, constitutiva de toda forma jurídica.<sup>203</sup>

Surgem novas sistematizações, pois o problema central não é o vínculo formal e exclusivo sancionado pelos livros fundiários, mas a efetividade sobre o bem, prescindindo de suas formalizações. Como diz Grossi, é a *possession* do bem, com sua dimensão de faticidade<sup>204</sup> que se contrapõe a um reino de formas oficiais.<sup>205</sup>

No reino da efetividade, a propriedade desvincula-se das formalizações e ganha força a dimensão de faticidade, em que a aparência e o exercício do gozo levam, através da *possession*, a propriedade do bem a alguém.<sup>206</sup>

Na construção medieval de propriedade, encontramos como traço de ordenação jurídica, a inversão da relação homem-natureza, e novos valores fundamentais começam a imprimir-se no mundo jurídico.<sup>207</sup> Afirma Grossi que as

<sup>203</sup> Id. *ibid.*, p. 35.

<sup>204</sup> Sobre a matéria, registramos as noções de HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994. v. 1, p. 33, ao afirmar que “A idealidade da generalidade conceitual colocara-nos frente à tarefa de explicar, com o auxílio das regras de linguagem, o modo como significados idênticos podem manter-se em meio à variedade de suas respectivas realizações lingüísticas. Ao passo que a idealidade da validade veritativa nos confrontara com a tarefa de longo alcance, de explicar, com o auxílio das condições comunicativas da prática de argumentação, como as pretensões de validade, levantadas aqui e agora e voltadas ao reconhecimento ou aceitação, podem ir além dos standards para tomadas de posição em termos de sim/não, exercitadas em qualquer comunidade particular de intérpretes. Ora, esse momento transcendente, e somente ele, distingue as práticas de justificação orientadas por pretensões de verdade em relação a outras práticas, reguladas apenas por convenções sociais”.

<sup>205</sup> Id. *ibid.*, p. 36.

<sup>206</sup> Sobre a posse, afirma ARONNE, Ricardo. *Titularidades e apropriação no novo Código Civil brasileiro – Breve ensaio sobre a posse e sua natureza*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **O novo código civil e a constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a, p. 240-241, que “A posse, na disciplina da pertença, atende ao comando dos regimes de apropriação. Tradicionalmente é a regulação do ter, não raro em prejuízo do ser, diante de sua arquitetura fulcrada na retenção física dos bens de apropriação. Independe das titularidades, guardando autonomia institucional (classicamente mais propalada do que sistematizada), se imiscuindo no domínio, em sua percepção mais arejada, mas tampouco, confunde-se com ele, constituindo ainda, um desafio para a civilística, no sentido de ter muito a ser dito sobre o tema, não obstante muito já ter sido dito.”

<sup>207</sup> Sobre a grande experiência jurídica medieval, afirma-nos Grossi (1992, p. 52) que “[...] debemos aproximarnos al Derecho medieval: como a una gran experiencia jurídica que alimenta en su seno una infinidad de ordenamientos, donde el Derecho – antes de ser norma y mandato – es orden, orden de lo social, motor espontáneo, lo que nace de abajo, de una sociedad que se autotutela ante la

coisas se agigantam e voltam-se como elementos essenciais de uma paisagem que leva cada vez menos traços da ação humana. As coisas servem como condições elementares de sobrevivência no mundo. O sujeito perde o mando e sofre o conjunto de forças que, do exterior, projetam-se sobre ele. Dentro desse contexto, o cânon construtivo da nova civilização são as forças e regras primordiais escritas sobre as coisas. O ordenamento passa a exemplificar sobre as coisas e constrói-se do ponto de vista das coisas.<sup>208</sup>

O jurídico adere à plástica da realidade objetiva. As formas, incapazes de se separarem das estruturas, somam-se a elas. O jurídico mescla-se, sem delimitações precisas, com o fático e dele está impregnado.<sup>209</sup>

O ordenamento jurídico assume como forças motoras próprias a aparência, o gozo, o exercício, presenças vivas da dimensão fática, sem inventar cânones artificiosos de qualificação. Registra, com humildade, a carga normativa de todos esses feitos. Não desaparece o *dominium* do antigo titular cadastral, porém ele se desvitaliza pelo empobrecimento, deixando que resulte expropriado dos poderes empresariais quem proprietário não é, porém é ele gestor da empresa. Conclui Grossi que “*esta é a demanda autêntica da vida econômica que vem sendo ouvida favoravelmente*”.<sup>210</sup>

Afirma-nos o autor que se trata de uma revolução cultural que está escondida, que é enganosa, fruto não de um movimento ou de um programa, mas de uma problemática que está operando, de geração em geração, no vazio criado pela queda do mundo antigo sobre o único terreno verdadeiramente existente, ainda que sutilmente e destruidor: o da mentalidade.<sup>211</sup>

---

litigiosidad de la incandescencia protectora del individuo y de los grupos. La sociedad se impregna de Derecho y sobrevive porque ella misma es, antes que nada, Derecho, debido a su articulación en ordenamiento jurídico”.

<sup>208</sup> GROSSI, op. cit. 1992, p.73.

<sup>209</sup> GROSSI, op. cit. 1992, p. 74.

<sup>210</sup> Id. ibid., p. 76.

<sup>211</sup> Id. ibid., p. 76. Ver também GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 89. “La nueva experiencia, con su vacío cultura, con su rarefacción política, con sus constantes y apremiantes exigencias de supervivencia cotidiana, se ve obligada a redescubrir otras fuerzas, fuerzas objetivas, aquellas que, sin artificios, nacen efectivamente sobre y de las cosas y a las que están ligadas las instancias primarias de la vida de cada día.”

A nova mentalidade que o historiador contempla, é apresentada por Grossi como sendo de uma civilização “possessória” que substitui a mentalidade proprietária romana. Ela é indiferente à idéia de validez, porque é dominada por um rigoroso princípio de efetividade. Neste contexto da evolução possessória, emergem as figuras do uso, exercício e gozo que expressam de forma viva a formalidade do homem com as coisas, sua união e sua vida com elas. É dessas figuras que se impregna o ordenamento jurídico, sem construções rigorosas e definidas.<sup>212</sup>

A conclusão a que chegamos é de que as novas situações fáticas não se colocam fora, mas bem dentro da dimensão do “real”, numa dimensão que continuamos pensando, medida na propriedade e direitos reais sobre a coisa alheia.<sup>213</sup>

No estudo realizado, a propriedade é vista como mentalidade jurídica. Não é negado o mérito de fazer da propriedade um elemento da paisagem histórica, desde que não se desperdice a dimensão jurídica que é uma realidade ôntica a individualizar e a destacar. O autor expressa-se, dizendo que

[...] Añadamos también, insistiendo sobre los temas aludidos, con tal de que entre los mil hechos que componen aquel paisaje no se pierda el entretejido de líneas que conlleva que no es tangible, antes bien, que corre subterráneo o circula invisible en el aire, pero que no por está menos presente y significativo como fuerza de un cierto clima histórico. La propiedad, las propiedades [...] antes de ser paisaje son mentalidades.<sup>214</sup>

O autor define mentalidade, dizendo que mentalidade é aquele conjunto de valores que circulam em uma área especial e temporal, capaz por sua vitalidade, de separar a diáspora dos feitos e episódios isolados e de constituir o tecido conjuntivo escondido e contestante daquela área.<sup>215</sup>

A possibilidade de tornar essa realidade unitária, o autor transfere ao jurista, pois a esse a tarefa é natural e familiar. Essa atribuição é justificada, porque o jurista é um intelectual que, por uma íntima tensão, sempre faz as contas com o nível de valores, e faz a unificação orgânica dos dados. Diz que o jurista se sente, comodamente e na própria casa, no terreno das mentalidades, pois com fundamento

---

<sup>212</sup> GROSSI, op. cit. 1992, p. 77.

<sup>213</sup> GROSSI, op. cit. 1992, p. 79.

<sup>214</sup> Id. ibid., p. 57.

<sup>215</sup> Id. ibid., p. 58.

sincrônico, faz o entrelaçamento da globalidade da experiência com o procedimento fundamentalmente sistêmico, pois os valores tendem a permanecer e a cristalizar-se.<sup>216</sup>

Sobre a evolução do direito e a sucessão de modelos sistemáticos, afirma Canaris que o direito sempre teve seu sistema interno e que o externo somente se tornou possível quando a Ciência do Direito atingiu um determinado nível de desenvolvimento. Descreve a história do direito, dizendo que

[...] O Direito Privado continental resulta de três recepções sucessivas do Direito romano: a recepção das universidades medievais, a partir de Bolonha, a recepção humanista, com tônica na França, no século XVI e a recepção pandectística, na Alemanha do século XIX. Na recepção verifica-se que uma comunidade independente de qualquer dominação política, econômica ou social, adapta elementos jurídicos significativos próprios de outra, presente ou passada.<sup>217</sup>

No entanto, a essência da recepção é outra, como nos afirma Canaris. *“Ela repousa numa difusão cultural de certos elementos ou, se se quiser, na aprendizagem de uma determinada Ciência”*. A recepção no Direito prende-se à aprendizagem dos juristas. Ao longo da história, nas sucessivas recepções, o Direito foi se modificando, com as alterações que foram sendo introduzidas no sistema externo.<sup>218</sup>

No terreno jurídico, a propriedade rompe a trama superficial das formas. Liga-se, por um lado, à antropologia, a uma visão do homem no mundo; e por outro, graças aos interesses vitais de particulares e de classes, a uma ideologia. Por isso, diz Grossi que a propriedade, por essas insuprimíveis raízes, mais que nenhum outro instituto, é mentalidade e, mais, é mentalidade profunda.<sup>219</sup>

Obriga-se o historiador a uma observação objetiva da propriedade, porque mudam as paisagens agrárias, passam as ordens sociais, porém a mentalidade, às vezes, persiste.<sup>220</sup>

---

<sup>216</sup> Id. *ibid.*, p. 58.

<sup>217</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de Sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. LXX e LXXI;

<sup>218</sup> CANARIS, *op. cit.*, p. LXXIII.

<sup>219</sup> GROSSI, *op. cit.* 1992, p. 59.

<sup>220</sup> Id. *ibid.*, p. 59.

O autor vê o historiador-jurista como o reconstrutor da forma esclerosada e oficial, porque deve ajustar contas, quotidianamente, com as mentalidades, pois o Direito é, fisiologicamente, uma mentalidade baseada na consciência social. Adverte o autor, no entanto, que o historiador genérico da cultura e da sociedade não deveria perder a oportunidade de fazer uma reflexão realista, pois, no universo jurídico, as formas são somente as pontas que emergem de um gigantesco edifício submerso, um edifício construído sobre valores, e esses demandam respeito e observação às manifestações mais vivas de um costume, crenças religiosas, certezas sociais.<sup>221</sup>

O historiador do direito é homem de dupla consciência, e tem uma dupla exigência quanto ao conteúdo das fontes. Elas devem estender-se até alcançarem a historificação dos dados jurídicos e das opções técnicas. O historiador do direito não deve ficar nas fontes jurídicas, mas utilizar-se da maior gama das fontes, pois ampla e variada. Nelas também encontramos dados oferecidos pela história agrária e cadastral.

A história agrária tem como cânon metodológico sempre unir, de maneira determinista, a mudança social, o florescimento, a crise, os precisos feitos estruturais. Para alguns, considera a superpovoação em relação à quantidade de superfície cultivada; para outro, o escasso progresso técnico de cultivos e, ainda outro, a debilidade do modo de produção feudal; e há quem invoque a crise demográfica, seguindo a carestia e epidemias, os movimentos dos preços e das rendas. O autor adverte para que se tenha cautela no nível das estruturas, pois há total ausência de tentativa para conjugar as relações e o modo de produção para organizar os dados dentro de seu natural tecido de civilização e efetuar, com eles, uma composição absolutamente historiográfica.<sup>222</sup>

Quanto às fontes cadastrais, afirma Grossi que o cadastro é formalmente um procedimento jurídico, porém com finalidade e conteúdos exclusivamente econômicos, pois é um conjunto de operações dirigidas à fichação da consistência e renda dos bens, assim como a efetiva percepção desta, para fins de impostos. Nos cadastros se fala de propriedade e de proprietários, pensados e colocados na esfera das relações econômicas. Seu objetivo é econômico, ao gravar com ele o tributo. A

---

<sup>221</sup> GROSSI, op. cit. 1992, p.61.

<sup>222</sup> GROSSI, op. cit. 1992, p. 44.

propriedade chega a identificar-se com uma noção conceptualmente genérica, ainda que economicamente corpórea, de detenção, de riqueza fundiária e percepção da renda. É uma noção que nada tem a ver com o poder construído pelos juristas. Como fonte genérica, revelam-se inadequados para o historiador do Direito.<sup>223</sup>

No entanto, ainda que incompletos e inadequados, os dados oferecidos pela história agrária e pelas fontes cadastrais contribuem com dados que podem ser úteis ao historiador do Direito.

Merece também destaque, como fonte de dados sobre a propriedade, a teologia voluntarista do século XIV e do século XV, pois oferecem elementos preciosos das velhas propriedades jurídicas, que conduzem às cartas constitucionais do século XVIII e aos códigos de século XIX.

A história da propriedade e das relações jurídicas sobre as coisas está necessariamente marcada por uma profunda descontinuidade, já que a propriedade é sobretudo mentalidade, conforme nos afirma Grossi. Não há uma continuidade, porque não há uma única propriedade, mas tantas propriedades, quantas são as experiências jurídicas que se têm sucedido no tempo. Tomando por base o ponto de vista social, verificamos que nunca foi derrubado o embasamento da propriedade individual. Mesmo na propriedade coletiva do alto-medieval foi mantida a idéia formal de propriedade individual como legitimadora da propriedade. Também a propriedade é o poder sobre as coisas, e pode ser definida como a situação de poder direto e imediato sobre o bem tutelado. A tutela, primeiramente, informe e fática, é o primeiro passo que se instala sobre um itinerário que desembocará na sinalização de uma dignidade formalmente proprietária.<sup>224</sup>

Merece destaque a afirmação de Grossi de que se desembaraçar de toda aproximação formalista, de todo o estorvo desviador da continuidade pode ser a única operação de higiene intelectual para aprender e seguir o formar-se da nova experiência jurídica sobre o tronco dos feitos econômico-sociais. Aqui, respeito à descontinuidade quer dizer respeito à originalidade dos feitos históricos.<sup>225</sup>

---

<sup>223</sup> Id. *ibid.*, p. 44.

<sup>224</sup> GROSSI, *op. cit.* 1992, p. 67-70.

<sup>225</sup> Id. *ibid.*, p. 71.

Apesar da descontinuidade histórica da propriedade, em razão dos diferentes universos que a compõem, não podemos esquecer que o velho continua procedente, quase por inércia no nível da mentalidade. Continua informando as consciências, fazendo do novo universo uma realidade *in limine* contraditória, portadora de valores do signo oposto. Como afirma Grossi, são esvaziamentos lentos a extinguir-se, mas que nada têm a ver com o problema de continuidade. O completamente "moderno" da propriedade concentra-se no mais tardio do século XIX.<sup>226</sup>

No alto-medievo, as figuras jurídicas que surgiram de forma grosseira e rudimentar foram modeladas pelo juiz e o notário daquele período. Surge uma nova possibilidade de compreensão e utilização de modelos culturais, juntamente com os instrumentos interpretativos e inventivos romanos e, no centro deste patrimônio, retorna o próprio *dominium*, voltando a propor um modelo de toda ordem jurídica real.<sup>227</sup>

A mentalidade usual do alto-medievo retoma o esquema do *dominium* que se desdobrará e resultará modificado. O mundo jurídico vem agora repensado pelos *homines novi* da nova cultura jurídica, cidadãos, mestres, pensadores, em termos de *dominium*. A civilização construída no alto-medievo não é desmentida, mas continua se enriquecendo e complicando-se sob o ponto de vista cultural.<sup>228</sup>

Afirma Grossi que o testemunho loquaz da continuidade é o *dominium utile*, invenção que reflete os vícios e as virtudes da jurisprudência do renascimento jurídico. Ninguém duvida de que o domínio útil leva inscrito em sua figura uma íntima contradição: um substantivo e adjetivo mal definidos. O substantivo atende ao reino da soberania imperiosa do indivíduo, às capacidades expansivas da vontade, enquanto o adjetivo arrasta aquela capacidade a uma esfera que não é o propósito, a um mais baixo nível de terrenidade cotidiana de onde as coisas são usadas e gozadas, porém não é necessário falar de virtude, de soberania, de capacidade. Nenhuma dúvida existe de que o gozo pode estar no interior do conteúdo do

---

<sup>226</sup> GROSSI, op. cit. 1992, p.71-72.

<sup>227</sup> Id. *ibid.*, p. 81.

<sup>228</sup> Id. *ibid.*, p. 82.

domínio, ainda que conteúdo marginal. A noção de gozo é sem dúvida estranha à idéia de domínio.<sup>229</sup>

O domínio útil é fruto da contaminação entre o plano da efetividade e o da validade,<sup>230</sup> é o conjunto das servidões alto-medievais, repensado “romanisticamente” no termo de *dominium*.<sup>231</sup>

A visão histórica da noção de domínio útil nasceu do respeitável descobrimento dos Glosadores e viveu substancialmente nas instituições da práxis alto-medieval. Essa noção, ainda que pensada e vivida num universo cultural, certamente não correspondia à interpretação que prevalecia na realidade. Desloca a atenção da titularidade ao exercício como consequência do agigantamento social e jurídico de feitos econômicos antes inominados e privados de tutela. Em seu apogeu, instala-se o *dominium* no coração da idéia proprietária, provocando uma ruptura da antiga propriedade unitária, propondo uma renovada nota de pertinência. Entende Grossi que “[...] *si del mundo retorna en auge una lectura en el prisma de la propiedad, los hechos concernientes a la utilitas pueden y deben encarnar una propiedad*”.<sup>232</sup>

Afirma o autor que é conferido um máximo de relevância às coisas. O sujeito, em sua unicidade, pede um *dominium* unitário e incindível, enquanto a coisa, em sua complexidade estrutural, em sua estratificação de *substantia* e de *utilitas*, impõe diversificações proprietárias, segundo as diversas dimensões nas quais se articula.

---

<sup>229</sup> Id. *ibid.*, p. 82-83.

<sup>230</sup> Diz Habermas (1994, p. 46) que “[...] a facticidade e a validade se separaram, na perspectiva dos próprios sujeitos agentes, formando duas dimensões mutuamente excludentes. Para atores orientados pelo sucesso todos os componentes da situação transformam-se em fatos, que eles valorizam à luz de suas próprias preferências, ao passo que os que agem orientados pelo entendimento dependem de uma compreensão da situação, negociada em comum, passando a interpretar fatos relevantes à luz de pretensões de validade reconhecidas intersubjetivamente. Entretanto, sempre que a orientação pelo sucesso e a orientação pelo entendimento chegam a formar uma alternativa completa aos olhos dos sujeitos agentes, a regulamentação intersubjetivamente obrigatória de interações estratégicas precisa fazer jus a duas condições contraditórias, as quais não podem ser preenchidas simultaneamente na ótica dos atores. Tais regras representam, de um lado, delimitações factuais que modificam de tal forma o leque de dados, que o ator, no enfoque de alguém que age estrategicamente, sente-se obrigado a adaptar objetivamente seu comportamento à linha desejada; de outro lado, elas precisam desenvolver, ao mesmo tempo, uma força social integradora, na medida em que elas impõem obrigações aos destinatários, o que só é possível, segundo nosso pressuposto, na base de pretensões de validade normativas reconhecidas intersubjetivamente. [...] Normas desse tipo devem apresentar-se com uma autoridade capaz de revestir a validade com a força do fático [...]”.

<sup>231</sup> GROSSI, op. cit. 1992, p. 84.

<sup>232</sup> Id. *ibid.*, p. 85.

Portanto, falar de domínio direto e de domínio útil significa, sobretudo, uma aproximação antiindividualista de grande humildade com relação à realidade cósmica, um certo método cognoscitivo, uma determinada antropologia. Esta imposição de diversificações proprietárias, a partir da idéia de *utilitas*, leva a um domínio que se estende e que impede de conceber a propriedade como relação pura.<sup>233</sup>

Por fim, apresenta Grossi a seguinte definição:

El dominio útil es, ante todo, la traducción en términos jurídicos de una mentalidad. Es la mentalidad del primado de lo efectivo, es la mentalidad “posesoria” del alto medievo la que domina aún como imperiosa constitución material del mundo de los Glosadores y dos Comentaristas.<sup>234</sup>

Este é o quadro descrito por Grossi a respeito da propriedade plural que surge no Alto Medievo, como fruto de uma mudança de mentalidade possessória. Não há mais uma concepção pura de propriedade, pois a idéia de *utilitas* impõe a diversificação, levando ao surgimento de uma pluralidade de propriedade, com a extensão do domínio.

O discurso de Grossi legitima-se com o pressuposto de que o domínio útil se extrai do território mais zeloso da posse e representa uma propriedade. Apresenta como possível a existência de equívoco quanto à terminologia, pois o termo propriedade vem sendo reservado unicamente à chamada propriedade moderna, negando as várias formas medievais de *dominium*.<sup>235</sup>

Não há dúvida de que os *dominia* medievais pouco tenham que compartilhar com a propriedade moderna e de que, para sua qualificação, o termo “propriedade” não está imune de ambigüidade. Também não há dúvida de que nenhum *dominium*, seja ele direito ou útil represente a propriedade. Os *dominia* continuarão a existir na história da propriedade e continuaremos a perceber em cada *dominium* um conteúdo mínimo ou máximo de propriedade.<sup>236</sup>

---

<sup>233</sup> GROSSI, op. cit. 1992, p. 86.

<sup>234</sup> Id. *ibid.*, p. 88.

<sup>235</sup> Id. *ibid.*, p. 91.

<sup>236</sup> Id. *ibid.*, p. 91-92.

O conteúdo mínimo da propriedade constitui um problema do ponto de vista histórico jurídico e do domínio útil como propriedade. Diz Grossi que há

Un problema grave y urgente en todos aquellos ordenamientos que, partiendo del estatuto de la cosa, toman la propiedad como una entidad fraccionable, y que por consiguiente admiten la legitimidad de más de un propietario actuante sobre la misma cosa; problema por el contrario inexistente, como es obvio, en las culturas rigurosamente individualistas, por ejemplo en la romano-clásica y en la burguesa-moderna, porque en ellas la propiedad construida sobre el sujeto está de tal manera caracterizada por sus fundamentos ético-políticos como para no tener nada que compartir no digo con las situaciones de simple detentación, sino también con todas las otras situaciones jurídico-reales. [...] La interrogación sobre donde finalice el terreno de un derecho real limitado y donde comience el de la propiedad es incluso insensata, lógicamente improponible.<sup>237</sup>

Conforme Grossi, na servidão medieval há uma dessacralização de que o *dominium* não parte do sujeito sobre a coisa, mas que nasce da coisa. A hipótese da existência de várias propriedades fracionada sobre a mesma coisa, cada uma tendo por objeto uma determinada fração de poderes sobre a coisa, torna instável e difundido os confins entre propriedade e direito real limitado. Também afirma que alguns têm sustentado, de forma autorizada, que todo *ius in re* encarna um *dominium* aos olhos do jurista – teórico e prático – do Direito Comum.<sup>238</sup>

A questão é árdua e, para melhor entendimento, merecem considerações os termos *ius*, *ius in re* e *iura in aliena*. A questão é saber se a palavra *ius* é usada para definir coisas corporais ou incorporais, coisas objetivas ou subjetivas. Michel Villey afirma que

Cualquiera que sea el sentido de esta palabra, o más bien, los sentidos de esta palabra en los otros textos clásicos, no tiene aquella acepción en el pasaje comentado: *ius* es allí simplemente sinónimo de cosa incorporal. O mejor (si no existe un sinónimo perfecto), los *iura* forman entre las cosas incorporales, aquellas que interesan al jurista, que son creación del jurista, a diferencia da la *res corporalis* (cosa corporal), que existe según la naturaleza, la cosa incorporal carece de todo soporte material; es una creación del Derecho. [...] De este modo, el *ius* es una *res*, es decir, una institución (*res*) puramente abstracta y jurídica (*incorporalis*).<sup>239</sup>

A palavra *jus* pode ser empregada em múltiplas acepções no sistema científico. Designa a condição atribuída a uma pessoa em relação às outras

<sup>237</sup> GROSSI, op. cit. 1992, p. 93.

<sup>238</sup> Id. *ibid.*, p. 94.

<sup>239</sup> VILLEY, Michel. **Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo**. Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, p. 89.

peçoas, ou a uma classe de peçoas em relação às outras classes; pode designar a vantagem ou o valor particular reservado a uma peçoas na partilha da coisa corpórea, ou mesmo a condição de uma coisa. O que se conclui é que o *jus* romano é sempre uma coisa e não o domínio sobre uma coisa. Afirma-nos Villey que

As Institutas de Gaio tratam os *jura* nas coisas; a obrigação, o usufruto ou as servidões, que são qualificadas de *jura*, [...] são coisas, objeto de comércio; afirma-se que um *jus* e seu e lhe pertence, reivindica-se um *jus* assim como uma coisa corpórea, uma coisa que se possui, justamente. O *jus* é o quinhão que lhe é atribuído, é o resultado da partilha. E foi assim que o compreenderam os glosadores da idade Média que se empenhavam em restituir o direito romano em seu teor mais autêntico.<sup>240</sup>

Na análise da expressão *ius in re*, afirma Villey que a palavra *ius* “*não resulta apta para designar a noção geral de direito subjetivo*”. Diz o mesmo autor que a expressão francesa *droite* traduz exatamente o termo *ius*, como o poder jurídico pertencente a uma peçoas contra outras, em relação a um certo objeto, que em francês é chamado de “direito subjetivo” que também poderia ser designado com o termo latino correspondente *ius*. Diz que, se esse poder se exerce sobre uma coisa, então se chamaria de *ius in re*.<sup>241</sup>

A definição nos leva a entender que o *ius in re* é o poder jurídico que uma peçoas exerce contra outras peçoas, em relação a um objeto, mas, quando esse poder se exerce sobre uma coisa, então é chamado de direito sobre a coisa. Não entende Villey que a palavra *ius* possa ser aplicada ao direito subjetivo.<sup>242</sup>

<sup>240</sup> VILLEY, Michel. op. cit. 2005, p. 259.

<sup>241</sup> “[...] la expresión francesa “droite” traduce exactamente el término “ius”. Así, el poder jurídico perteneciente a una persona en contra de otras personas, en relación con un cierto objeto, que en francés es llamado “derecho subjetivo”, podría también ser designado con el término latino correspondiente (ius). Y si este poder se ejerce sobre una cosa, entonces se hablaría de IUS IN RE.” (VILLET, 2005, p. 107-108.)

<sup>242</sup> A complexidade das definições apresentadas levam-nos a demonstrar a diferença entre direito OBJETIVO, herança da jurisprudência romana, e direito SUBJETIVO moderno. O primeiro, concedido pela ordem jurídica, depende única e exclusivamente à vontade do titular deste poder; enquanto o direito subjetivo é somente um estado jurídico, uma vantagem jurídica, uma vantagem gozada pelo titular do poder, concedida pela ordem jurídica. Não implica necessariamente a idéia de exercício deste poder que se refere à pretensão ou a ação material. É o direito subjetivo somente um status jurídico de que goza o titular do poder, uma relação intra-subjetiva entre o sujeito da ação e uma ação. Como diz RIBEIRO, Maurício Antonio Ribeiro. A dignidade da peçoas humana: estudo de um caso. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 758, p. 106-117, dez. 1998, p. 40-41, “[...] el poder concedido por la orden jurídica (derecho objetivo), de hacer valer o no un precepto que establece un determinado comportamiento, depende única y exclusivamente, salvo rara excepciones, tales como la representación legal de los incapaces y la figura del sustituto procesal, de la voluntad del titular de este poder. [...] el derecho subjetivo es un status jurídico del que goza el titular del poder, no implicando necesariamente la idea de ejercicio de este poder que se refiere a la pretensión o a la acción material, [...] El derecho subjetivo es solamente un status del poder jurídico del que goza el

Reconhece, no entanto, que alguns textos utilizam a expressão *ius domini*, porém o que se constata, de ordinário, é que eles não querem dizer que o *dominium* seja um *ius*, senão que um *dominium* produz uma condição jurídica (*ius*) na pessoa do dono, ou seja, o direito do dono à coisa apropriada.<sup>243</sup>

Não é todo o *ius in re* que é elevado *dominium*, mas somente aqueles que incidem sobre a globalidade da coisa, como a propriedade, ou os que incidem sobre as dimensões particulares da coisa como a enfiteuse, a superfície, as concessões fundiárias em longo prazo, ou mesmo a locação em longo prazo. Não é elevada a *dominium* uma servidão predial ou uma servidão pessoal, pois essas poderão ser enquadradas no *iura in re aliena*.<sup>244</sup>

O conteúdo mínimo, para que se tenha *dominium*, é a existência de um poder, não importa se pequeno ou grande, porém autônomo e imediato sobre a *res corporalis*. O *dominium* deve comprometer e acometer frontalmente o sujeito e um fragmento do cosmos. Só há apropriação da coisa, se há essa aproximação frontal. De maneira diversa, todo tipo de servidão, que não compromete a *res* em sua essência constitutiva, que se projeta do exterior sobre a coisa, qualifica-se somente como *ius in re aliena* (direitos em propriedade do outro) estranho à idéia de posse do bem.<sup>245</sup>

Exemplifica o autor, dizendo que o usufrutuário e o titular de uma servidão predial são *domini*, porém sobre o próprio *ius*, não chegando a incidir sobre a certeza dura e resistente da coisa. Seu *dominium* é *dominium rei corporalis*, situação que somente genérica e impropriamente pode ser qualificada *dominium*, porque subtrai ao secreto essencial de toda a propriedade autêntica.<sup>246</sup>

Os juristas, por cima desta consciência antropológica e sociológica, tecem seus entramados técnicos e constroem tecnicamente o caráter proprietário do domínio útil, sem desmentir sua particular situação. Ele terá os atributos que ao

---

titular del poder porque su relación es “entre su sujet d’action el una action”, por tanto, una relación intrasubjetiva. [...] el derecho subjetivo es solamente un estado jurídico, una ventaja objetiva concedida por el orden jurídica de que goza el titular del poder, no confundiéndola con la idea de pretensión ni de acción en sentido material [...].”

<sup>243</sup> GROSSI, op. cit. 1992, p. 109.

<sup>244</sup> Id. ibid., p. 95.

<sup>245</sup> Id. ibid., p. 95.

<sup>246</sup> Id. ibid., p. 96.

*dominium* eram reconhecidos por uma tradição antiga e augusta; uma *rei vindicato* como instrumento de tutela processual, a propriedade no descobrimento do tesouro, a aquisição dos frutos mediante separação, a possibilidade de construir servidões e outros direitos sobre a coisa etc. E, falando dele, far-se-á sempre referência ao princípio romano e romanístico, pensado para a propriedade: “*duorum vel plurium in solidum dominium esse non potest*”, atestando a convenção de mover-se no interior da dimensão proprietária.<sup>247</sup>

O domínio útil sobrevive desde período anterior à Idade Média, convertendo-se em hóspede incômodo nos textos legislativos, doutrinários e judiciais, durante boa parte da primeira idade moderna.<sup>248</sup>

Inaugura-se o moderno da propriedade, com o domínio útil, um projeto jurídico que terá uma página verdadeiramente nova na história da propriedade moderna somente quando tenha consolidado uma nova mentalidade jurídica. Uma nova antropologia substitui a precedente já profundamente encarnada na consciência social e, por estar calada nas consciências individuais, volta a cultura, a atitude de pensamento, o sentimento coletivo, o costume; materiais difíceis de enumerar.<sup>249</sup>

Há uma renovação antropológica que dá vida a uma civilização “moderna”. As crises da estrutura e o despertar antropológico aparecem em sintonia, e unem-se em uma singular plenitude no tempo histórico. O sujeito tem uma dupla exigência e, duplamente intensa, de buscar fundamentos novos e, sobretudo, de buscá-los dentro de si, fazendo as contas exclusivamente consigo.

A história da propriedade moderna tem um curso subterrâneo e outro patente, quer dizer, uma pré-história e uma proto-história:<sup>250</sup> a primeira consiste na análise do individualismo possessivo, e a segunda, se tem alguma antecipação em algumas proposições teóricas, já no século XVI começará a correr desobstruído, e continua

<sup>247</sup> GROSSI, op. cit. 1992, p. 96.

<sup>248</sup> Id. ibid., p. 98.

<sup>249</sup> Id. ibid., p. 101.

<sup>250</sup> Sobre pré-história e proto-história, afirma Grossi (1992, p. 85-86), que “El primitivo [...] sino un sujeto paupérrimo culturalmente que tiene una relación singular con la realidad externa [...] la naturaleza está contrastada por una manifiesta desproporción entre aquélla y éste, por una superioridad de aquella sobre éste como agente civilizador [...] este hombre tan pobre de carga crítica es una presencia frecuente en la edad protomedieval [...]”.

bastante mais tarde, sobretudo com a grande reflexão pandectística do século XIX, quando a nova propriedade assumirá também a substância de uma ordenação organizativa da vida quotidiana.<sup>251</sup>

A propriedade moderna, para Grossi, surge das soluções medievais da posse, qualificada como moderna e desenhada por um sujeito presunçoso e dominante. É enumeração de suas potencialidades, é instrumento de sua soberania sobre o criado; uma marca rigorosamente subjetiva que a assinala; e o mundo dos fenômenos, em sua objetividade, é somente o terreno sobre o qual a soberania se exercita; não é uma realidade condicionante com suas pretensões estruturais, senão passivamente condicionada.<sup>252</sup>

Enquanto no período medieval a propriedade havia consistido na sistematização de sua complexidade, o moderno da propriedade está no redescobrimiento de sua simplicidade. Sua meta é a simplicidade absoluta, conforme nos ensina Grossi.<sup>253</sup>

A idéia de simplicidade tem relevo histórico: separa a posse do condicionamento da complexidade das coisas e absolutiza o *dominium* no âmbito do sujeito, inserindo-o o mais possível em seu interior. Grossi afirma que o certo é que a intuição mais profunda da idade nova consiste na interiorização do *dominium*, e a noção mais revolucionária está na velha, porém renovada idéia do *dominium sui*. Esse, como regra do universo do microcosmo, significa que ele é *dominus* por chamado de Deus e da natureza, que o *dominium* não necessita das entidades externas senão para manifestar-se, sensivelmente, pois já esta *in interiore homine* uma realidade ontologicamente acabada.<sup>254</sup>

A noção de simplicidade da propriedade, como procedimento liberatório, colocado pela cultura moderna, tira a propriedade do eixo das coisas para encontrá-la no intra-subjetivo. Junto à simplicidade, encontraremos o segundo traço tipificador da nova propriedade: a abstração.<sup>255</sup>

---

<sup>251</sup> GROSSI, op. cit. 1992, p. 104-105.

<sup>252</sup> Id. *ibid.*, p. 109.

<sup>253</sup> Id. *ibid.*, p. 109-110.

<sup>254</sup> Id. *ibid.*, p. 112.

<sup>255</sup> Id. *ibid.*, p. 113.

Afirma Grossi que a propriedade tendia a lançar-se de plano na confusão, lucidamente consistente, entre o “meu” e o “seu”. Como dimensão do sujeito não podia não impregnar de conotações éticas, e adquiria a absolutividade das noções éticas. Ao mesmo tempo em que chegava a seu *cúmen* esse processo de *apoteosis*, amadurecia a separação definitiva de todos os outros direitos reais: ordenações organizativas da realidade econômica e plenas de conteúdos econômicos; a propriedade é uma dimensão e quase virtude do sujeito, e a não está contaminada por conteúdos econômicos. De mundos fundamentalmente diferenciados e dos institutos, com funções diametralmente divergentes, volta-se, cada vez mais depressa, ao tempo no qual *dominium* e *ius in re* vêm postos em comum, abaixo do signo de uma mesma qualidade, e sua relação resolvia-se com a fragmentação.<sup>256</sup>

Como noção simples, apresenta Grossi a propriedade, como é simples uma virtude, uma vontade, uma intenção, um ato interior. Afirma que o procedimento liberatório, posto no ato pela cultura moderna, retira-a do eixo das coisas para introduzi-la no intra-subjetivo; e uma segunda aquisição, junto à simplicidade, põe-se a seu lado e dela é conseqüência. Simplicidade quer dizer também purificação externa da relação, quer dizer que tem logrado sacudir de cima de si todo estorvo dos conteúdos mais variados para fazer dela o que, com a terminologia dos teólogos voluntaristas, poder-se-ia definir uma *potentia*. A propriedade é a maturação, essa versão tão exasperadamente subjetiva, uma capacidade de capturar e dominar todo o conteúdo, rechaçando-o, como contribuição, a seu ponto essencial. O conteúdo é, somente, um acidente que não alcança nunca a repercussão sobre a substância da relação. Junto a – e detrás de – a simplicidade, é aqui o segundo traço tipificador da propriedade nova: a abstração.<sup>257</sup>

Há uma mudança na concepção de homem que se descobre proprietário e soberano. Sobre o tema discorre Laura Beck Varela.

A partir das contribuições da teologia voluntarista tardo-medieval (em especial dos teólogos franciscanos), e, após, da filosofia jusnaturalista, firma-se um processo de “interiorização do *dominium*”, *dominium sui*: o indivíduo se descobre proprietário, descobre-se centro da ordem jurídica, em substituição à centralidade da *res*. Proprietário, com um ato interior, uma vontade, uma intenção, uma *potentia*, uma linguagem dos teólogos voluntaristas – noção simples e, por conseguinte abstrata – eis algumas

<sup>256</sup> GROSSI, op. cit. 1992, p. 113.

<sup>257</sup> Id. *ibid.*, p. 113.

bases da propriedade moderna. É esse *dominium* abstrato e seu conteúdo, sem carne e ossos, *dominium sine usu*, que serve à visão de mundo burguesa; [...] O individualismo possessivo, que tem raízes na filosofia de Locke, seria, segundo Paolo Grossi, outra matriz básica para a superação do modelo medieval.<sup>258</sup>

Conforme Alejandro Guzmán Brito, a noção de direito subjetivo opõe-se, bem se sabe, à do direito objetivo. Porém, em um sistema de direitos subjetivos, quer dizer, em um sistema, onde o dado primordial consiste nessa noção, a missão do direito objetivo é reconhecer e proteger esses direitos, por um lado, e limitá-los, somente na medida necessária, para assegurar sua maior efetividade, por outro.<sup>259</sup>

Também afirma Brito que “[...] o direito subjetivo implica um poder do sujeito, e este poder entranha, em sua mente, uma vantagem, um proveito e jamais uma carga”.<sup>260</sup> A união entre o sujeito e o mundo físico convenceu a jurisprudência medieval a respeitar a antiga regra, dissipando, à medida que ganhava terreno, o *dominium sui*, um mecanismo de autocontrole que reconduzia objetos de realidades impalpáveis, como virtudes e talentos da pessoa, ao esquema jurídico da propriedade.<sup>261</sup>

Na busca do “moderno”<sup>262</sup>, na história da construção jurídica da propriedade, destacamos o *Code Civil* Napoleônico, que consagra, no art. 544, o direito de propriedade como sendo o direito absoluto, exclusivo, ilimitado, sagrado, inviolável, de usar, gozar e dispor da propriedade.<sup>263</sup> “A propriedade é o direito de gozar e

<sup>258</sup> VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 740.

<sup>259</sup> BRITO, Alejandro Guzmán. Presentación dos estudios en torno de la noción de derecho subjetivo”. In: VILLEY, Michel. op. cit. 1976, p. 12.

<sup>260</sup> Id. *ibid.*, p. 15.

<sup>261</sup> GROSSI, op. cit. 1992, p. 115.

<sup>262</sup> Sobre o moderno destacamos os ensinamentos de Villey ( 2005, p. 174) de que “[...] não existe UMA filosofia moderna, e tampouco UM sistema jurídico moderno. São climas intelectuais muito diferentes que veremos constituírem-se, por um lado no continente e principalmente na Alemanha, com a escola *racionalista* que sofreu forte influência de Descartes e se aplica a constituir *sistemas* de direito natural, ou racional, axiomáticos, conforme o modelo da geometria, e, por outro lado, na Inglaterra, com Francis Bacon ou Locke, tão admirados por Voltaire ou por Montesquieu, adeptos de um método *empirista*. Há igualmente uma distância considerável entre o arrojo inovador de filósofos como Hobbes ou Espinosa e o *eclétismo* da escola de direito natural que pratica uma mescla prudente da antiga escolástica tomista e do individualismo moderno, mistura esta buscada de forma ainda mais consciente por Leibniz ou Wolf [...] Pode-se, contudo, detectar tendências comuns aos sistemas jurídicos modernos; tendências antes distintas, mas cuja síntese mais ou menos acabada é o que o pensamento jurídico moderno tem de próprio.”

<sup>263</sup> Sobre o período intermediário que vai de 1789, ano da Revolução, e o Código Napoleão, 1804, afirma-nos FERRO, Marcelo Roberto. A propriedade privada no código Napoleão. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, a. 18, n. 70, p. 50, out./ dez.1994, p. 50, que “Foi marcado

*dispor das coisas, da maneira mais absoluta, desde que não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos”*.<sup>264</sup>

Esse artigo apresenta uma dupla escritura: de um lado se agiganta a galhardia dos poderes até o infinito; enquanto de outro busca atenuar um elenco de poderes determinados pelo gozar e dispor. O Código evidencia, de forma expressa, o gozo e a disposição como atributos da propriedade. O gozo é o direito de perceber os frutos do bem, por meio da prática de atos materiais ou através de atos jurídicos. Quanto à disposição, cabe ao proprietário definir a destinação da coisa, de tal modo que a torne produtiva ou improdutiva. Esse poder de escolha hoje está bastante limitado pela função social da propriedade.

Afirma Grossi que há duas almas, duas mentalidades, na redação do art. 544 do Code Civil napoleônico.<sup>265</sup> Diz que não há dúvida de que os compiladores do Código e do texto do artigo embriagaram-se na retórica do século XIX da nova propriedade liberada e de que os descobrimentos da filosofia lockiana e fisiocrática têm uma desembocadura no Código. Afirma que o legislador napoleônico é um homem de fronteira. Tem seus pés na terra bem preparada do velho regime, onde se formou e educou, enquanto suas mãos estão cheias de coisas novas. A descoberta da unidade proprietária não cancela completamente tradicional articulação do domínio em um *ius disponendi* em um *ius utendi*, fruto de uma cultura diversa e de uma visão objetiva da posse que, partindo de pressupostos antiéticos dos juristas napoleônicos, havia hipotetizado como legítima a divisão mesma do domínio. Diz que cai, no seio do art. 544, a idéia desafinada de uma propriedade como soma de

---

por modificações profundas no direito civil, em virtude, sobretudo, do estabelecimento dos grandes princípios revolucionários, tais como o da igualdade e o do respeito à propriedade privada [...] o art. 2º classifica a propriedade, ao lado da liberdade, como sendo um direito natural, enquanto, mais adiante, o art. 17 define o direito de propriedade como inviolable et sacré. Esta concepção da propriedade revela, de forma incontestada, o caráter político e não social que marcou a revolução francesa, na medida em que respeitou o direito de propriedade em proveito da burguesia proprietária, preocupada em assegurar e legitimar a idéia de que cada um é dono daquilo que lhe pertence [...]

<sup>264</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de Sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. LXXXIX.

<sup>265</sup> Sobre a definição do direito absoluto de propriedade do art. 544 do Código Civil napoleônico, afirma-nos Villey (2005, p. 256) que “[...] vem com efeito dos romanistas, ou seja, dos juristas cultos da Europa, que mantiveram por muito tempo o costume de falar latim: isso não implica necessariamente que ela tenha existido no direito romano histórico. [...] Os romanistas da Europa moderna, que estavam muito longe de praticar nosso atual “método histórico”, edificaram um “direito romano” com o qual ainda vivemos e que continuamos a ensinar, mas que difere notavelmente do direito da época de César ou de Marco Aurélio”.

poderes, resultado da adição de um gozar e de um dispor, que deveria fazer aceitável a sanção inaceitável e o inaceitado princípio da divisão da propriedade.<sup>266</sup>

O Código napoleônico é mostrado como apresentador de uma nova ideologia, ainda que de forma inconsciente, pois revela alguma desenvoltura e alguma não medida incoerência. As faculdades de usar, gozar e dispor demonstram a idéia de individualismo, consagrado no apogeu do liberalismo, em plena codificação revolucionária.

Afirma Grossi que a grande espera pelo cunho de um modelo técnico coerente com o ideológico aplaca-se com a pandectística alemã que substitui a cultura anterior. Aqui a propriedade define a criatura jurídica natural como o *homo economicus* de uma sociedade capitalista avançada: um instrumento ágil, descarnado, funcionalíssimo, caracterizado pela simplicidade e abstração. Afirma que a realidade unilinear se modela sobre a simplicidade do sujeito e no nível dos bens; abstrata, como o indivíduo liberado da nova cultura, do qual quer ser uma manifestação e um meio valioso de defesa e ataque. Uma modelação tão estranha que parece quase uma identificação: a propriedade é somente o sujeito em ação, o sujeito na conquista do mundo. Idealmente, as barreiras entre o “seu” e o “meu” caem.<sup>267</sup>

Para um melhor entendimento, cumpre-nos dar uma visão sobre o pandectismo. O termo exprime o pensamento jurídico presente nos Digesta e, ao longo da história, apresenta uma utilização diversificada. No século XVIII, ficou conhecido como *usus modernus pandectarum* e, afirma Canaris, que “[...] o lus Romanum se revelaria na medida em que se mostrasse adaptado às necessidades da época”.<sup>268</sup>

Também esclarece Canaris que “[...] o pandectismo, agora em causa, reporta-se a outro período histórico: o da doutrina geral do Direito Civil, iniciada por Savigny e desenvolvida na Alemanha, nos princípios do século XIX”. A originalidade de savignyana analisa-se na síntese desses dois aspectos: a natureza histórico-cultural do Direito deve articular-se com um adequado sistema de exposição. O pandectismo

---

<sup>266</sup> GROSSI, op. cit. 1992, p. 126.

<sup>267</sup> Id. *ibid.*, p. 129-130.

<sup>268</sup> CANARIS, op. cit., p. LXXXI.

aceita o Direito periférico – perante o conjunto de fatores que, nos diversos problemas concretos e a esse nível, promovam soluções aplicáveis e aplicados – como irrecusável herança histórico-cultural.<sup>269</sup>

Finalizando, Canaris afirma que

O sistema do pandectismo traduz a conquista acabada de um esforço secular de aperfeiçoamento juscientífico. Sob o seu manto ocorreu, no século XIX, uma última e decisiva recepção do *lus Romanum*, que cristalizaria no Código Civil alemão de 1896. A difusão desse Código asseguraria, ao longo do século XIX, um retorno a muitas soluções românicas.<sup>270</sup>

A abstração da propriedade é total: abstrato é seu sujeito titular, e abstrata é a sua linha mestra, com uma capacidade ilimitada para tolerar os conteúdos mais variados. Essa construção jurídica, sem ambigüidades, que descende, razoavelmente, em todos os seus aspectos das premissas programáticas de índole ético-política, é um mérito histórico da pandectística madura; um mérito, porque, finalmente, a sociedade burguesa poderia proclamar que tem, também, sobre o plano jurídico, uma propriedade autenticamente burguesa que, depois de muitos séculos, deixou de lado o modelo técnico medieval e o substituiu por um novo modelo.<sup>271</sup>

Como a afirmação de uma liberdade e de uma igualdade formal, havia sido instrumento mais idôneo, para garantir ao *homo economicus* a desigualdade de feitos das fortunas. Assim esta “propriedade espiritualizada” havia-se concentrado, graças às suas ilimitadas possibilidades de transformação, na pedra filosofal da civilização capitalista: a mais pobre, a mais descarnada das construções jurídicas, havia se demonstrado um meio efficientíssimo para trocar tudo por ouro, diligente instrumento para todo o tipo de mercado.<sup>272</sup>

Concluimos com uma frase significativa de Grossi sobre o “moderno do Direito”, afirmando que a propriedade adquire um fim especulativo. “*La frontera entre*

<sup>269</sup> CANARIS, op. cit., p. LXXXI.

<sup>270</sup> Id. *ibid.*, p. LXXXIV.

<sup>271</sup> GROSSI, op. cit. 1992, p. 130-131.

<sup>272</sup> Id. *ibid.*, p. 131.

*ayer y hoy se vuelve un confín firmísimo y “do moderno” del Derecho adquiere acabado especulativo.*<sup>273</sup>

## 2.2.2 Perspectiva de RODOTÁ

A questão da propriedade volta lentamente a colocar-se no centro da atenção, de um modo mais nítido, nas discussões e nas análises políticas, jurídicas e econômicas. A análise é feita, a partir de fatos ocorridos após a primeira guerra mundial, período em que se moviam nesta direção a Revolução Soviética, a Constituição de Weimar, as leis Inglesas de reforma de 1925, o descobrimento das infinitas formas de intervenção pública na economia, instrumentos da economia de guerra que haviam posto em dúvida a propriedade como direito subjetivo. Com o pós-guerra, havia a necessidade urgente de reconstruir, impulsionando a não pôr em discussão a ordem da propriedade. Incluída nas novidades que, certamente, não faltam, está presente como proteção aos modelos daquela época distante.<sup>274</sup>

Nesse período, o clima cultural que domina é o do descobrimento da separação entre propriedade e o controle das análises e soluções baseadas, de forma exclusiva ou predominante, na vertente proprietária. Como nos diz Rodotá,

El eclipse de la propiedad se tiñe con los colores del realismo y encuentra el alivio de la revelación sociológica y el camino que ha de seguir quien pretenda establecer unas nuevas reglas de control de los bienes y de distribución de la riqueza parece otro.<sup>275</sup>

Percebe-se, por meio de uma reflexão teórica mais profunda uma tendência de se voltar a colocar no centro da atenção o núcleo duro da propriedade. Como diz Rodotá,

[...] No hay sólo un redescubrimiento del tema de la propiedad en la clave de una renovada atención del pensamiento socialista respecto de la transferencia de los medios de producción a sujetos públicos o colectivos. El relanzamiento de la propiedad celebra también sus ritos en los viejos templos con la reanudación de la política neoliberal, con algunas elaboraciones de los nuevos economistas y con las escuelas del “economyc

<sup>273</sup> GROSSI, op. cit. 1992, p. 132.

<sup>274</sup> RODOTÁ, Stefan. **El terrible derecho**. Madri: Editorial Civitas, 1986, p. 27.

<sup>275</sup> Id. ibid., p. 28.

analysis of law". De nuevo se agitan banderas en las que se escribe todos propietarios.<sup>276</sup>

Surgem novos interesses e situações a exigir uma regulamentação proprietária. A exigência não é somente dos que desejam ser proprietários, mas dos próprios proprietários que desejam ver assegurados os seus interesses. A situação de conflito é assim apresentada por Rodotá.

La propiedad, descrita por Tocquevielle como un "campo de batalla" vuelve a aparecer como la sede de un conflicto fundamental, cuyos términos sin embargo, han cambiado muy claramente. Ya no se trata sólo del conflicto entre poseedores y desposeídos, que sólo aspiran a transformarse en poseedores en una universal dominación de la lógica del "individualismo posesorio". Frente al interés del propietario se sitúa el de los que no quieren que todo se mida con el rasero de la propiedad en cuanto apropiación privada individual.<sup>277</sup>

Surgem e difundem-se os interesses de natureza coletiva, apontando para um novo horizonte a exigir um novo conceito de propriedade. Sobre o tema, diz Rodotá que

Ahora se hace visible una nueva trama determinada por el surgimiento y la definición de intereses de naturaleza colectiva, que no plantean tanto la cuestión tradicional de la atribución subjetiva o de los criterios de gestión de los bienes en propiedad, sino que ponen en duda la aptitud misma de las técnicas dominicales para afrontar y resolver los nuevos problemas del uso y distribución de los recursos. Este es el nuevo horizonte que delimita el resurgimiento de la propiedad y que por tanto no puede volvernos a colocar simplemente ante la restauración del antiguo concepto.<sup>278</sup>

O problema dos recursos escassos é apontado como exigência para a busca de formas técnicas de propriedade, pois o passar da propriedade, de um proprietário a outro, em razão de baixos salários, é que faz com que a grande maioria dos cidadãos se desloquem da propriedade à ocupação. Como nos diz Rodotá,

[...]son las técnicas de la propiedad las que resuelven el problema de los recursos escasos en términos de atribución del derecho a su utilización a algunos sujetos con exclusión de los demás. Es evidente entonces que tanto las nacionalizaciones como las previsión de niveles determinados de salario mínimo constituyen reglas tendentes a modificar las anteriores posiciones subjetivas de utilización de determinados bienes (empresas industriales o bancarias, recursos disponibles para las retribuciones), pero respetando la regla de la atribución en exclusiva del derecho de utilización,

<sup>276</sup> RODOTÁ, op. cit., p. 29.

<sup>277</sup> Id. ibid., p. 29.

<sup>278</sup> Id. ibid., p. 30.

que constituye cabalmente el fundamento de la tutela de la propiedad. Esta conclusión, ciertamente clara en lo que se refiere al paso de unas manos a otras, que se realiza a través de las nacionalizaciones, puede resultar menos convincente respecto al salario mínimo, el cual, sin embargo, se presenta, por una parte, como una forma de disposición (de los empresarios en beneficio de los trabajadores) y, por otra, constituye un correctivo impuesto por una dinámica social que desde hace mucho tiempo ha visto cómo una gran mayoría de ciudadanos se desplaza de la propiedad a la ocupación.”<sup>279</sup>

Sublinha o autor que esses objetivos são perseguidos através de uma técnica que é do tipo dominical, ainda que provoque sacrifício dos interesses dos proprietários privados que os consideram incompatíveis com a satisfação de interesses de caráter público ou coletivo.<sup>280</sup>

A reflexão jurídica tem colocado em evidência, como ponto de discussão mais evidente, a prepotente matriz proprietária. O autor não se surpreende com a produção de dois fenômenos só aparentemente contraditórios.

No es sorprendente por ello que se produzcan dos fenómenos sólo aparentemente contradictorios: por una parte, los estudiosos registran un deterioro progresivo Delmodelo clásico de la propiedad, hasta comprobar, con satisfacción o con resignación, que se van perdiendo sus rasgos precisamente en las realidades institucionales que habían visto su mayor y más decidida expansión; y, por otra parte, se enriquecen las posibilidades de utilización de las técnicas dominicales en direcciones que hubieran sido impensables, o que hubieran considerado inadmisibles, en los momentos en que el modelo era verdaderamente la “masa de granito” sobre la cual se edificaba el sistema jurídico.<sup>281</sup>

As técnicas dominiciais são apontadas por Rodotá como as que permitem garantir a máxima tutela possível. Por isso é que se compreende porque se recorre a elas para garantir novos interesses e novas situações, pois a elas se atribui um nível igual ou superior àquele que, no passado, se reconhecia à propriedade.<sup>282</sup>

<sup>279</sup> RODOTÁ, op. cit., p. 31.

<sup>280</sup> Id. ibid., p. 33. Sobre o público e o privado, destacamos a excelente distinção feita por SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005, p. 60-61: “O privado e o privatismo, o público e o publicismo. A contraposição ou o paralelo entre essas idéias corresponde ao fato de que, em determinados contextos, pode sobressair o “sentimento” da individualidade e da vida privada, em outros, o da coisa pública [...]. No século XX, alguns autores recorreram ao resgate do termo grego *prosopon* (pessoa), a propósito do personalismo e em função da possibilidade de entender-se a “pessoa” como o indivíduo redimensionado em função de valores que só a sociedade pode configurar.”

<sup>281</sup> RODOTÁ, op. cit., p. 33.

<sup>282</sup> Id. ibid., p. 34.

Os conflitos, a que se querem oferecer soluções com as técnicas aludidas, são, substancialmente, os que se produzem entre interesses dominicais e novos interesses que não se podem reconduzir a uma base dominical. A matriz de tais técnicas contribui para confirmar a lógica da propriedade como obrigatório ponto de referência, dando uma nova legitimação aos interesses dominicais que queriam se alojar no centro do sistema.<sup>283</sup> Diz o autor que

[...] asistimos a tentativas muy diversas de “redefine el derecho de la propiedad”, de establecer correctamente el “puesto de la propiedad” o de reconstruir de un modo realista los “cambios de función de la propiedad privada”. Por estos caminos se registra la vitalidad del instituto, que le garantiza su supervivencia en un tiempo en el que, por otra parte, la propiedad se presenta “disgregada por una multiplicidad de estatutos, reducida a una situación inerte separada de cualquier actividad que la atraviese o superponga a ella, contemplada fuera de cualquier medida de cooperación y relegada por ello a los márgenes de las categorías nuevamente estudiadas de la relación jurídica y del derecho subjetivo [...]”. Ante todo, una tentativa de íntegra restauración del “modelo de dominación” que es posible encontrar en la reconsideración de los derechos de propiedad, que hace la llamada “nueva economía”, que ofrece de ellos una vez más una versión absolutista. [...] Para llegar a este resultado es necesario volver a colocar en un lugar de honor a los atributos clásicos del derecho de propiedad, en primer lugar a la facultad de exclusión, y rechazar cualquier interferencia de otros.<sup>284</sup>

Essa faculdade tem sido enfatizada e tem-se encontrado, na mudança, o limite da moderna noção de propriedade, um limite tal que faz com que não seja utilizado nas organizações sociais capitalistas.<sup>285</sup>

Explica o autor que o discurso sobre a exclusão se transforma em um discurso sobre a acessibilidade.<sup>286</sup> Trata-se de partir de uma base diferente para

<sup>283</sup> RODOTÁ, op. cit., p. 34.

<sup>284</sup> Id. ibid., p. 34.

<sup>285</sup> Id. ibid., p. 34-35.

<sup>286</sup> Sobre a exclusão social e acessibilidade, podemos citar SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) **Crise e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 397-398, ao afirmar que “[...] a globalização econômica, ao elevar ao plano transnacional a concorrência comercial, força os agentes econômicos a buscarem a redução, a qualquer preço, dos seus custos, sob pena de perda da capacidade competitiva. Esta busca tem se traduzido em diminuição da oferta de trabalho, com a crescente automação, e em pressões, muitas vezes vitoriosas, no sentido da flexibilização e da desregulamentação das relações laborais. O quadro se agrava diante da constatação de que, em um contexto de amplo desemprego, o poder de barganha dos trabalhadores e dos seus sindicatos praticamente desaparece, o que torna ainda mais desigual a relação entre patrão e empregado. A exclusão social produzida neste contexto é alarmante. [...] Os dados comprovam a tese de que a intervenção estatal é necessária para garantia da justiça social pois o mercado tende a aprofundar as desigualdades econômicas. [...] Na verdade, a exclusão, no contexto do neoliberalismo globalizado, é ainda mais cruel do que no Estado Liberal, pois naquele, as forças produtivas necessitavam de mão-de-obra para produção de mais-valia. Hoje, com os avanços na automação, o trabalhador desqualificado não tem mais nenhuma utilidade para o capital, e torna-se simplesmente descartável.”

reconstruir e legitimizar uma nova situação dominical. Para isso, colocam-se em destaque as técnicas da propriedade que se podem descobrir em duas direções: a tutela que se oferece a interesses que, na escala de valores, socialmente relevantes, têm-se colocado ao lado dos dominiais ou que têm avançado mais adiante; e a garantia de situações ligadas à satisfação das exigências e das necessidades essenciais do indivíduo.<sup>287</sup>

A tutela do primeiro realiza-se com freqüência, ou de maneira quase exclusiva, através do instrumento da responsabilidade civil; no segundo caso, estamos diante de uma reconstrução residual ou mínima da noção de propriedade em torno da necessidade de assegurar ao indivíduo a satisfação de algumas necessidades essenciais, por meio da garantia do trabalho, da moradia ou de algumas prestações sociais. Esses bens primários constituirão o novo núcleo duro do direito de propriedade e, através de seu direito, ligados à pessoa, proporcionarão uma nova legitimação ao nexó propriedade-liberdade.<sup>288</sup>

Na reflexão sobre o passado, encontramos a ligação da propriedade aos valores econômicos e a uma subproteção a outros valores que hoje se considera insuportável. Na reflexão sobre o presente, comprovamos a distância entre a nova base pessoal, em torno da qual vem refletir as mais sólidas razões da propriedade, e as razões que deverão justificar sua extensão mais adiante, em definitivo. Também nos apercebemos de que o direito de colocar no centro da reconstrução uma noção “inclusiva” e não “exclusiva” de propriedade termina proporcionando novos motivos de crises em lugar de dissipá-los.<sup>289</sup>

O “direito de não ser excluído” limita-se a uma série reduzida de bens, rigidamente circunscrita pelas necessidades essenciais do indivíduo, resultando evidente um novo conflito entre proprietários e não proprietários. Postula-se uma regra de solução de tal conflito que se resolve, por sua vez, em uma disciplina da propriedade dos bens ou das situações dos proprietários que não caem no âmbito das necessidades mínimas da pessoa. Sintetiza, dizendo que, pelo caminho da realização da propriedade “pessoal”, depara-se sempre com uma propriedade que

---

<sup>287</sup> RODOTÁ, op. cit., p.35.

<sup>288</sup> Id. *ibid.*, p. 36.

<sup>289</sup> Id. *ibid.*, p. 36.

se há de sacrificar para obter aquele fim mínimo e, uma vez mais, a propriedade se converte em um obstáculo de direito cuja remoção confia-se às regras jurídicas.<sup>290</sup>

Destaca o autor outro ponto profundo de crise, dizendo que se reproduz na propriedade algo que já se tem manifestado na empresa.

[...] se reproduce en la propiedad algo que ya se ha puesto de manifiesto en la empresa, pues a propósito de esta última se había hablado cabalmente de “constelaciones de intereses” destinados a repercutir sobre su estatuto jurídico y, por lo menos en perspectiva, a determinar formas de redistribución del poder de decisión.<sup>291</sup>

A propriedade, em sua versão mais ampla, parece ligada substancialmente a uma área que se identifica através das necessidades essenciais do indivíduo, mas que produz a impossibilidade de olhar o modelo como paradigma ou como modelo de reconstrução que pode operar mais além da área considerada.<sup>292</sup>

Por outro lado, o modelo puro de propriedade vê-se assediado por impulsos sócio-políticos e instrumentações técnicas que colocam em dúvida a oportunidade de satisfazer às necessidades essenciais mediante um recurso pleno ao direito de propriedade. Rodotá exemplifica com o direito de habitação, asseverando *que “[...] Por ejemplo, en lo que se refiere al derecho de habitación, se discute si se debe conceder preferencia a la tradicional propiedad de la casa o si es mejor satisfacerlo recurriendo a instituciones diferentes de la definitiva apropiación individual.”*<sup>293</sup> Para essas situações, diz que o objeto de regulamentações jurídicas não pode, certamente, constituir o critério regulador invocado para os diversos âmbitos e situações, pois concentram-se em instrumentos expressivos de uma lógica diferente da dominical que é deslegitimada, inclusive do âmbito de incidência direta.<sup>294</sup>

O autor distingue, dentro do modelo jurídico da propriedade, os instrumentos que são postos à disposição do titular do direito:

[...] la identificación de la dinámica, que ha arremetido contra el modelo jurídico de la propiedad, permite distinguir, dentro del conjunto de los

<sup>290</sup> RODOTÁ, op. cit., p. 36.

<sup>291</sup> Id. ibid., p. 37.

<sup>292</sup> Id. ibid., p. 37.

<sup>293</sup> Id. ibid., p. 38.

<sup>294</sup> Id. ibid., p. 38.

instrumentos puestos a disposición del titular del derecho, los que son inherentes a su estructura técnica y que por tanto sólo son utilizables cuando resulta admisible la extensión o la transposición del modelo; y aquellos otros que, en cambio, se atribuían a la propiedad como consecuencia de una operación de carácter no técnico, sino ideológico, consistente en la voluntad de caracterizar la propiedad como la situación dotada de la tutela más intensa entre todas las jurídicamente posibles. En este último caso, se trata de técnicas que, como la del resarcimiento del daño, podrían muy bien extenderse más allá del ámbito de la propiedad, a cualquier punto en que se produzcan situaciones que una diferente apreciación socioeconómica ha colocado en una posición igual o superior a la que en el pasado se atribuía al derecho de propiedad.<sup>295</sup>

Somos levados à conclusão de que a propriedade tem-se transformado, de uma variável independente que era, em uma variável dependente do sistema jurídico.<sup>296</sup>

Ao tratar do surgimento do momento coletivo, com novas formas e com nova intensidade, sobretudo no que concerne aos interesses não dominicais que nele se expressam, impõe-se uma revisão da extensão dos limites das tradicionais áreas públicas e privadas. Profundas transformações foram impostas ao setor público e ao setor privado da economia pela socialização das forças produtivas impostas ao Estado.<sup>297</sup>

Afirma que a área privada, sobretudo em conseqüência do movimento em favor dos direitos civis, apresenta uma imagem muito diferente da que tinha no passado, organizada toda ela em torno das relações de propriedade. Quanto à área pública, sobretudo em conseqüência das demandas de participação e das críticas às formas de exercício delegado de poder, não se pode reduzir à gestão centralizada da burocracia.<sup>298</sup>

O que se percebe agora é que a dimensão coletiva penetra tanto na área pública como na área privada. Isso leva a um reexame dos critérios de distribuição dos recursos, com destaque para a gestão de tais recursos. Sobre a matéria, afirmamos Rodotá que

[...] la dimensión colectiva penetra ahora en las mismas áreas públicas y privadas, imponiendo un reexamen de los criterios de distribución y, sobre

<sup>295</sup> RODOTÁ, op. cit., p. 38.

<sup>296</sup> Id. ibid., p. 39.

<sup>297</sup> Id. ibid., p. 40.

<sup>298</sup> Id. ibid., p. 40.

todo, de gestión de los recursos atribuidos a tales áreas. En otros términos, se rompe el nexo de exclusividad sujeto-interés-bien, en el sentido de que, por ejemplo, a un sujeto privado correspondan únicamente un interés privado y una disciplina privatista del bien, de modo tal que desaparecen las ambigüedades que hasta ahora presentaba la fórmula de la “función social de la propiedad”. Además, el surgimiento de sujetos colectivos incide en la posición tradicional de los sujetos públicos y privados, en el sentido de que hay que dar a los primeros voz en los procesos de decisión sobre el uso de los recursos, formalmente imputables a estos últimos.<sup>299</sup>

Uma nova interpenetração entre o público e o privado ocorre a partir do final da Idade Média, ao formar-se o Estado moderno. Ocorre uma funcionalização entre o público e o privado e também do privado ao público. A diferenciação nas relações econômicas e políticas e entre a sociedade civil e o Estado tem início por volta do século XVIII. A dicotomia entre o público e o privado volta a apresentar-se sob a forma de distinção entre a sociedade política e a sociedade econômica. Afirma-nos Sarlet que é nesse contexto histórico que se revela mais intensa a divisão dicotômica entre o público e o privado e suas derivações. Como novidade desse período histórico no direito privado, diz que o direito se torna estatal e burguês. Estatal, porque é a primeira vez que o legislador se ocupa de forma sistemática e abrangente com o direito privado, pois nessa área não havia a intervenção estatal. Era um setor deixado aos costumes ou desenvolvido a partir de pareceres e escritos doutrinários. É a partir da Revolução Francesa que o direito privado se torna burguês e passa a espelhar a ideologia, os anseios e as necessidades da classe socioeconômica que havia conquistado o poder em praticamente todos os Estados ocidentais.<sup>300</sup>

A convergência do direito público e do direito privado é bem explicada por Sarlet, ao dizer que

De qualquer sorte, do ponto de vista jurídico, percebe-se claramente que público e privado tendem a convergir. Tal convergência, aliás, opera nas duas direções, ou seja, cada vez mais o Estado se utiliza de institutos jurídicos do direito privado, estabelecendo relações negociais com os particulares, e conseqüentemente abrindo mão de instrumentos mais autoritários e impositivos. [...] Por outro lado, também o direito privado se desloca em direção ao público, como se percebe na elaboração da categoria dos interesses e direitos coletivos e difusos [...], mas igualmente

<sup>299</sup> RODOTÁ, op. cit., p. 41.

<sup>300</sup> SARLET, Ingo Wolfgang.(Org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.16-18.

na funcionalização de inúmeros institutos típicos do direito privado, como é o caso de reconhecimento da função social da propriedade.<sup>301</sup>

Não se pode negar que a questão do controle das questões de interesse coletivo se converte em uma questão fundamental, pois tem por objetivo fazer a distinção, através da qualificação formal, do que deve ser dado ao sujeito que é titular dos direitos sobre o bem público, o privado ou o cooperativado. Entende Rodotá que

[...] no es posible ya tomar en consideración únicamente el problema de la distribución de la propiedad entre los diferentes sujetos (públicos, privados, cooperativos), de nuevo separados y recibidos sólo con el hilo general de la planificación. Se trata, por el contrario, de establecer, por una parte, áreas en las cuales la lógica de la propiedad debe ceder íntegramente el puesto a una lógica diferente, que genéricamente definimos todavía como “no dominical” [...] Y por otra parte, es necesario establecer las reglas sobre las cuales se pueda extender el control del ejercicio de los derechos dominicales, cualquiera que sea el sujeto titular de ellos. La cuestión de los controles colectivos, difusos en resumen, se convierte en una cuestión fundamental, encarnando la dialéctica entre intereses no dominicales y base dominical, respecto de la cual no parece que pueda llevarse a cabo una distinción que se funde únicamente en la calificación formal que haya que dar al sujeto titular de los derechos sobre el bien (público, privado, cooperativo).<sup>302</sup>

O autor chama a atenção para a necessidade de fixação das áreas e dos recursos cuja utilização devem corresponder aos valores coletivos privilegiados, segundo critérios, cuja determinação há que confiar a sujeitos distintos os que, até agora, estão assentados à lógica privatista e à lógica burocrática ou, em qualquer caso, da irresponsabilidade frente à coletividade.<sup>303</sup>

Quanto ao conceito de propriedade, afirma Rodotá que

[...] han tratado de dar carta de ciudadanía en el sistema jurídico no ya a un solo concepto de propiedad, sino a una multiplicidad de estatutos. En efecto, se puede con todo derecho considerar que cabalmente estas exposiciones han cumplido, al mismo tiempo, la función de disolver la vieja categoría unitaria y de dejar sobrevivir el esquema de la propiedad, preparando así un terreno propicio para la adopción de este último, siempre que se pueda sostener la misma justificación realista para situaciones dotadas de apoyo social [...].<sup>304</sup>

<sup>301</sup> SARLET, op. cit 2003, p. 26.

<sup>302</sup> RODOTÁ, op. cit., p.41.

<sup>303</sup> Id. ibid., p. 41.

<sup>304</sup> Id. ibid., p.49.

Sobre a produção de uma multiplicidade dos estatutos da propriedade e a passagem para o conceito de propriedade singular para o plural, Rodotá afirma-nos que

Todo ello, sin embargo, no excluye que uno de los problemas centrales siga siendo todavía el de la relación entre la realidad de los diferentes estatutos y la persistencia de las referencias a una noción unitaria de propiedad, no solo en el lenguaje, sino en muchos de los materiales normativos componentes de nuestro ordenamiento. [...] Sería ingenuo pensar que el paso de la propiedad a las propiedades significa una vuelta de página que permite no dar ya relevancia alguna a una serie de normas, de esquemas reestructurativos y de conceptos ordenadores, moldeados partiendo de la premisa de una propiedad idéntica siempre en sus connotaciones fundamentales. [...] La consecuencia de esta reconocida autonomía puede consistir en sustraer de una o varias reglas “comunes” a la propiedad o los bienes pertenecientes a una determinada categoría.<sup>305</sup>

A análise do problema é feita pelo autor a partir da visão histórica, abordando a definição unitária e a sua manutenção em diferentes setores, concluindo que não se pode romper com a propriedade unitária, ainda que existentes disciplinas setoriais diferenciadas. É o que nos afirma o autor, ao dizer que

No es posible limitarse a “rasgar el velo” de la propiedad única: subsiste siempre la necesidad de explicar cómo ha podido acreditarse durante decenios la tesis de la unidad del concepto de propiedad no obstante la existencia de disciplinas sectoriales diferenciadas [...].<sup>306</sup>

A mudança da propriedade unitária para uma multiplicidade de estatutos e para um projeto social é apresentada por Rodotá como reconhecimento da efetiva função histórica dos diferentes elementos constitutivos do sistema jurídico de propriedade. A substituição de uma linha dogmática por uma linha realista é assim apresentada.

A través del reconocimiento de la efectiva función histórica de los diferentes elementos constitutivos del sistema jurídico de la propiedad, en cambio, pueden emerger a un tiempo las finalidades perseguidas por los diferentes estatutos y el proyecto social de conjunto que a ellos corresponde, no cristalizado ya en torno a una única noción, formalmente unitaria, sino obtenido mediante la observación directa de una realidad y no fosilizada en unas pocas fórmulas doctrinales.<sup>307</sup>

<sup>305</sup> RODOTÁ, op. cit, p. 49-50.

<sup>306</sup> Id. ibid., p. 51.

<sup>307</sup> Id. ibid., p. 51.

Esclarece-nos que hoje a propriedade não se apresenta como um bloco monolítico, mas como um objeto que deve ser considerado de modo conjunto, em que uma estratificação secular tem reconhecido a existência de problemas, cujos nexos não se podem cortar arbitrariamente.<sup>308</sup>

Conclui o autor que os diversos estatutos não podem ser ignorados e que as mesmas referências unitárias podem se estender em função de uma multiplicidade, dizendo que “[...]la existencia de referencias unitarias en el sistema actual no entra necesariamente en contradicción con la comprobación de la diversidad de las propiedades.”<sup>309</sup>

O autor faz a distinção entre “novas propriedades” e “propiedades múltiplas”. Para tanto, afirma que

[...] nuevas propiedades [...] se diferencia de las “propiedades múltiplas” en que, en lugar de actuar como un elemento disgregador de las situaciones recibidas, se basa sobre la recuperación de una base funcional permanente del instituto de la propiedad. Común a los dos modelos continúa siendo en todo caso el denominador individualista. Y la confirmación de una sustancial homogeneidad entre ellos se puede obtener de la experiencia [...] entre el concepto abstracto y las situaciones concretas que reclaman una tutela fuerte, no se ha dudado en meterse por el camino de propiedad de situaciones que podían reconducirse a la antes recordada base funcional.<sup>310</sup>

O que o autor nos leva a perceber é que, se quisermos ver, além das fórmulas, quais são as linhas de reconstrução que hoje operam em matéria de propriedade, é necessário que tenhamos presente a completa dialética entre o conceito unitário e as teorias da pluralidade de propriedade e das novas propriedades.<sup>311</sup>

Para que possamos conseguir uma maior clareza sobre o tema, argumenta o autor se referindo a uma sentença da Corte Constitucional, dizendo que

Para conseguir una mayor claridad, se puede aludir a la muy concebida sentencia número 56 de 1968 de la Corte Constitucional, en la cual [...] los diversos elementos que acabamos de recordar, parecen jugar del siguiente modo: abandono de la noción unitaria y formal de la propiedad; descomposición en multiplicidad de estatutos de las diferentes “categorías de bienes” y recomposición del nexo entre expectativas económicas y tutela

<sup>308</sup> RODOTÁ, op. cit., p. 52.

<sup>309</sup> Id. ibid., p. 55.

<sup>310</sup> Id. ibid., p. 63.

<sup>311</sup> Id. ibid., p. 63.

dominical. [...] la instancia realista está presente en dos niveles, el de la multiplicidad en lugar da unidad (múltiples propiedades) y el de la determinación de las situaciones merecedoras de una tutela dominical. [...] La vieja unidad formal, que ya no responde a las demandas de tutela de los titulares de los bienes, se disuelve con el instrumento pluralista.<sup>312</sup>

A conclusão a que chegamos é de que o posicionamento de Rodotá, assim como de Grossi, remete-nos ao abandono da noção unitária de propriedade e conduz-nos ao reconhecimento da existência de uma multiplicidade de estatutos e a diferentes categorias de bens. As expectativas de ordem econômica, geradas pelo tipo de vida que levam os titulares dos bens, são apresentadas como merecedoras de uma tutela dominical. Como bem afirma Rodotá, “[...] *La vieja unidad formal, que ya no responde a las demandas de tutela de los titulares de los bienes, se disuelve con el instrumento pluralista.*”<sup>313</sup>

### 2.3 A Função Social da Propriedade

A superação do modelo de propriedade apresentado na Constituição é trazida com a cláusula da “função social da propriedade” que tem sua base histórica nas formulações acerca da figura do abuso de direito que levou a jurisprudência francesa a impor, de forma gradativa, certos limites ao poder absoluto do proprietário. A moderna concepção do direito de propriedade, pautada na idéia de atender à função social, tem como precursor o doutrinador francês, Léon Duguit.<sup>314</sup> Foi ele que expôs, de forma revolucionária, que o proprietário não é, na verdade, titular de um direito

<sup>312</sup> RODOTÁ, op. cit., p. 63.

<sup>313</sup> Id. ibid., p. 64

<sup>314</sup> No início de século XX, a função social da propriedade foi enfatizada por DUGUIT, León. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón.** Tradução de Carlos G. Posada. Madri/Espanha: Francisco Beltrán, 1912, p. 168-169, “[...] Sin embargo, la propiedad es una institución jurídica que se ha formado para responder a una necesidad económica, como por otra parte todas las instituciones jurídicas, y que evoluciona necesariamente con las necesidades económicas mismas. Ahora bien, en nuestras sociedades modernas la necesidad económica, a la cual ha venido a responder la propiedad institución jurídica, se transforma profundamente; por consiguiente, la propiedad como institución jurídica debe transformarse también. La evolución se realiza igualmente aquí en el sentido socialista. Está también determinada por una interdependencia cada vez más estrecha de los diferentes elementos sociales. Di ahí que la propiedad, por decirlo así, se socialice. Esto no significa que llegue a ser colectiva en el sentido de las doctrinas colectivistas; pero significa dos cosas: primeramente, que la propiedad individual deja de ser un derecho del individuo, para convertirse en una función social; y en segundo lugar, que los casos de afectación de riqueza a las colectividades, que jurídicamente deben ser protegidas, son cada día más numerosos.”

subjetivo, mas apenas o detentor da riqueza, uma espécie de administrador da coisa que devia ter utilidade social.<sup>315</sup>

Nossa intenção não é fazer um estudo histórico, porém não podemos deixar de fazer referência ao ano de 1918, significativo na história do dogma jurídico da propriedade, ainda que, mesmo antes dessa data, juristas e não juristas, através de textos legislativos e doutrinários, já falavam da função social da propriedade. A história jurídica registra que, mesmo antes desse ano, já era possível encontrar disposições que continham a imposição de obrigações aos proprietários privados, de modo que o discurso sobre a função, como princípio de caráter geral, germinaria em tais normas particulares.<sup>316</sup>

Foi Léon Duguit, no século XIX, que fez uma crítica ao direito subjetivo e propôs sua substituição pela “noção realista da função social”, firmando a propriedade como uma função social. Foi ele que aprofundou a polêmica, ao rechaçar a idéia do direito privado, orientado pelo conceito de direito subjetivo que reconhece a uma pessoa o poder de impor a sua vontade às demais.<sup>317</sup>

Foi a doutrina de Duguit, que deu início à corrente do pensamento jurídico para a elaboração de textos constitucionais que enfatizaram a função social da propriedade, como nas Constituições do México e de Weimer. Elas vieram a inspirar as Constituições da segunda metade do século XX que passaram a adotar a função social, admitindo o condicionamento de um direito subjetivo à funcionalização. É a função social a atribuição de um poder que se desdobra em um dever, pois não se

---

<sup>315</sup> No mesmo sentido, diz LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107-108, “Partiu do raciocínio de que a propriedade não é um direito, mas uma coisa, uma utilidade, uma riqueza, protegida pelo direito objetivo, quando o proprietário encontra resistência de terceiros. Logo, o proprietário não tem um direito subjetivo de usar a coisa, mas o dever de empregá-la de acordo com a finalidade assinalada pela norma de direito objetivo.”

<sup>316</sup> “[...] a través de un reconocimiento y de un examen de estos significados, sin la pretensión de agotarlos todos o sin trazar una historia del término, aunque la fortuna de la expresión sea tal que justifique una investigación enteramente dedicada a ella. Este esclarecimiento, por otra parte, debe permitir explicar más ampliamente la referencia al año 1918, que hemos soñado como especialmente significativo en la historia del dogma jurídico de la propiedad. Verdaderamente es fácil demostrar – con textos legislativos y doctrinales en la mano – que se ha hablado mucho antes de esa fecha de función social de la propiedad entre juristas y entre no juristas; y que antes de ese año es posible encontrar disposiciones que contienen la imposición de obligaciones a los propietarios privados, de modo tal que el discurso sobre la función, como principio de carácter general, germinaba en tales normas particulares.” (RODOTÁ, 1986. p. 211.)

<sup>317</sup> COSTA, Judith Martins. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 146-7.

limita à satisfação de interesses próprios e individuais, mas também à satisfação dos interesses alheios.

Podemos constatar que a forma de exercer-se o direito de propriedade foi, aos poucos, condicionada ao bem-estar social e ao cumprimento de sua função social. Passou o direito de propriedade por um processo de publicização, segundo alguns, ou de socialização, conforme outros.

A função social não deixa o campo da regulamentação privada, passando para o domínio do direito público, como nos ensina Costa, ao dizer que a função social exige a compreensão da propriedade privada não como monopólio dedutível dos códigos oitocentistas, mas como uma pluralidade complexa de situações jurídicas reais que englobam, ao mesmo tempo, um complexo de situações jurídicas subjetivas, sobre as quais incidem, de forma escalonada, graus de publicismo e de privatismo, de acordo com o bem objeto da concreta situação jurídica.<sup>318</sup>

A distinção entre o público e o privado a incidir nos institutos do Direito Privado foi traçada por Ludwig Raiser, em meados do século XX. Essa distinção partiu da complexidade e pluralidade da vida contemporânea que acabou destruindo a divisão existente entre o direito público e o direito privado existente na codificação das leis. A proposta foi de divisão do ordenamento jurídico em dois pólos; um, centrado na autonomia privado, na autodeterminação e na idéia de responsabilidade social; outro, no interesse público e na heterodeterminação, sobre os quais se constituíram os pólos de irradiação de graus de privatismo e de publicismo.<sup>319</sup>

Sobre o público e o privado, iniciamos com a distinção entre as duas dimensões, apresentadas por metáfora criada e utilizada por Saldanha, a partir da idéia de jardim e de praça. A distinção dá-se no sentido quantitativo e qualitativo. No primeiro, o problema é de extensão espacial, em que toma a cada e o jardim como um espaço menor, onde as coisas são ajuntadas. É o local de viver, em especial o viver noturno das pessoas; já o segundo, correspondente à praça, é um espaço maior que revela a cidade e tende a confundir-se com ela. É no segundo aspecto que ocorre o problema de caracterização e de conteúdo. O espaço privado

---

<sup>318</sup>COSTA, op. cit. 2002, p. 148.

<sup>319</sup>Id. *ibid.*, p. 149.

apresenta o sentido de reduto, preso ao sentido mais íntimo do ser humano, enquanto o espaço público é o espaço do viver social, onde se desenrola a produção econômica e a ordem política e cultural. Esse é o espaço mais amplo e mais problemático do humano, no qual se acha o pensar em geral, com heranças históricas e “ismos” modernos, um espaço dentro de cujas ocorrências se inventaram a geografia e a história.<sup>320</sup>

Nessa distinção, evidenciamos que o princípio da liberdade individual consolida-se no existir mais íntimo do ser humano, no espaço da casa e do jardim, que corresponde ao espaço privado, local de privacidade e de intimidade, em que se exercita livremente a vida privada. Já o público está associado à praça, local do viver social e das relações que se estendem desse viver e que se desdobram na produção econômica, na ordem política e na criação cultural.

Ao fazer alusão aos planos do viver, Saldanha também indica uma alternativa elementar que é aquela que se dá entre o viver “geral”, isto é, o viver de todos ou com todos e o viver consigo mesmo que se referem ao viver pessoal que é privado e consiste no plano da convivência mais íntima, mais direta, mais correlata ao existir individual. É nesse contexto que se situa a posição da família que sempre concentrou o existir privado e que na evolução histórica passou do clã ao Estado ou das fratrias à *polis*.<sup>321</sup>

No paralelismo ou contraposição entre privado e público, em diferentes contextos, ora pode sobressair o sentimento de individualidade e da vida privada, ora da coisa pública. Isso ocorre devido ao crescimento das relações e das complicações que levam a uma noção de “público” que se fragmenta em diversos planos dentro da sociedade.<sup>322</sup>

A conclusão a que nos leva o autor citado é de que o viver privado possui algo de centro e de refúgio, mas a vida histórica, evidentemente, não ocorreria sem o viver privado. É na esfera pública que se incluem as definições sociais

---

<sup>320</sup> SALDANHA, op. cit., p. 15-16.

<sup>321</sup> Id. *ibid.*, p. 22.

<sup>322</sup> Id. *ibid.*, p. 60.

fundamentais, como o poder e seus símbolos, as hierarquias, as edificações e os distantes rituais, isto desde os tempos antigos até a modernidade.<sup>323</sup>

Podemos concluir que, atualmente, o direito privado contempla normas de ordem pública, preceitos de interesse geral, e os institutos de direito privado possuem relevante função social. Quanto ao conceito de ordem pública, não é exclusivo do direito público, sendo ele um equívoco proporcionado pela dicotomia entre o direito público e o direito privado. A noção de ordem pública é muito ampla e permeia todo o ordenamento jurídico, encontrando-se positivada, em mais alto grau, nos princípios constitucionais.<sup>324</sup>

Voltando-nos para a propriedade, podemos dizer que, na distinção entre o público e o privado, ela é chamada a desempenhar várias funções, ora apresentando funções de grau elevado de caráter público, ora apresentando funções de grau elevado de privacidade. Portanto, a propriedade desempenha tanto funções públicas como privadas.

Hoje entendemos, como “direito de propriedade”, um complexo de situações, deveres, obrigações, ônus jurídicos, a par de direitos subjetivos e poderes formativos que se opõem, em perspectiva escalonada. Deixou a propriedade privada de configurar um direito subjetivo, individual, para constituir uma situação complexa em que também estão presentes deveres e obrigações de caráter social. É a partir da propriedade que se exterioriza a função social e que passa a integrar o complexo de direitos e deveres originados do direito de propriedade, modificando a idéia individualista.<sup>325</sup>

O conceito de função social é utilizado, algumas vezes, para negar à propriedade a natureza de direito subjetivo e, em outras, para expressar a subordinação do momento individual ao momento social. Essa é a interpretação de Rodotá que assinala, também, a ambigüidade e o caráter contraditório das conseqüências que se devem atribuir à imprevisão do conceito e que estão a dizer que o qualificativo social não se presta a uma determinação que se realize em

---

<sup>323</sup> Id. *ibid.*, p. 114.

<sup>324</sup> ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio. In: COSTA, Judith Martins. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora da Revista dos Tribunais, 2002, p. 99-100.

<sup>325</sup> COSTA, op. cit. 2002, p.150.

termos jurídicos, quanto a observar os escassos esforços de precisão técnica da expressão, em um debate que se arrasta há muitos anos. A ambivalência apontada que se liga a motivações ideológicas, que não recebem concreta expressão, baseia-se precisamente sobre a afirmada impossibilidade de entender, de modo unívoco, a qualificação social sobre a falta de credibilidade de qualquer tipo de mensuração da utilidade social e, portanto, sobre a inutilidade de empreender qualquer tentativa de tradução a fórmulas jurídicas rigorosas.<sup>326</sup>

Quanto ao modo de operacionalizar o conceito de função social da propriedade, tal como posto em nosso direito objetivo, afirma Loureiro que são duas as orientações em vigor. A primeira concebe a função social como uma “cláusula geral” do direito privado que funciona como norte para aferição dos comportamentos proprietários. A segunda defende a tese de que a função social é um conceito, cujo conteúdo é fornecido pela lei. Sem definição e especificação legal, a função social se torna conceito vago e sem auto-aplicação. Também afirma que a atuação dos tribunais se dá em respeito à figura já determinada pelo legislador ordinário.<sup>327</sup>

As críticas quanto à primeira orientação, ou seja, à função social como uma cláusula geral do direito privado, estabelece-se porque confere ao Poder Judiciário uma margem muito ampla de decisão e de intervenção na vida econômica.

De acordo com Sarlet, os adeptos de uma vinculação sustentam que incumbe ao legislador e, de forma supletiva ao juiz, a função de “intermediar” a aplicação das normas e direitos fundamentais às relações entre particulares. Diz que cabe ao legislador privado resolver as colisões que se estabelecem inevitavelmente no

---

<sup>326</sup> “ [...] Ello es todavía mucho más evidente en lo que se refiere al concepto de función social, que unas veces se utiliza para negar a la propiedad la naturaleza de derecho subjetivo insertándola o dejando que se la inserte en una más amplia perspectiva social o solidarista) y otras veces “para expresar la subordinación del momento individual [...] al momento social. [...] Más exacto nos parece señalar la ambigüedad y el carácter contradictorio de las consecuencias que se deben atribuir a la imprecisión del concepto: mas no tanto para decir que lo mismo el término función que el calificativo social no se prestan a una determinación que se realice en términos jurídicos, cuanto para observar los escasos esfuerzos de precisión técnica de la expresión en un debate que, sin embargo, se arrastra desde hace muchos años. La ambivalencia recordada, que se liga con motivaciones ideológicas que no reciben concreta expresión (aunque no por ello dejen de ser transparentes), se funda precisamente sobre la afirmada imposibilidad de entender de modo unívoco la calificación social, sobre la falta de credibilidad de cualquier tipo de mensuración de la utilidad social y, por tanto, sobre la inutilidad de emprender cualquier clase de tentativa de traducción a fórmulas jurídicas rigurosas, cuando se llega a la desconfianza total hacia todas las proposiciones en que el adjetivo social aparece.” (RODOTÁ, 1986, p. 191-192).

<sup>327</sup> LOUREIRO, op. cit., p. 114.

âmbito das relações entre particulares, todos titulares de direitos fundamentais, só realizando o juiz essa tarefa na ausência de norma legal incidente ou para atuar de forma corretiva, no caso da lei ser manifestamente inconstitucional, em especial, por ser ofensiva aos direitos fundamentais. Na ausência do legislador, o juiz deve limitar-se a interpretar o direito infraconstitucional à luz das normas de direitos fundamentais, fazendo uso de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais do Direito Privado, que atuariam como uma espécie de “porta de abertura” para os direitos fundamentais. O Constituinte, através da cláusula geral, possibilita a mediação pelo legislador e/ou pelos órgãos judiciais.<sup>328</sup>

Não podemos deixar de registrar o posicionamento de Streck sobre a matéria, ao dizer que “[...] *não se pode confundir a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático.*” Fundamenta dizendo que “[...] *a admissão de discricionariedade judicial e de decisionismos [...] é o próprio paradigma positivista que o constitucionalismo de Estado Democrático de Direito procura superar, exatamente pela diferença ‘genética’ entre regras e princípios.*” Sua conclusão é de que,

[...] por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm finalidade de impedir “múltiplas respostas”; portanto, “fecham” a interpretação (e não a “abrem”). A partir disso é possível dizer que é equivocada a tese de que os princípios são mandatos de otimização e de que as regras traduzem especificidades [...], pois dá a idéia de que os “princípios” seriam “cláusulas abertas”, espaço reservado à livre atuação da subjetividade do “juiz”. [...] Nada mais positivista que isso. [...].

O autor remete a discussão a Kelsen. Conclui, dizendo que as decisões dos juízes devem ser controladas pela doutrina e que o Estado Democrático de Direito exige fundamentação detalhada de qualquer decisão.<sup>329</sup>

Tanto o posicionamento de Sarlet como o de Streck merecem acolhida, pois a atuação do juiz ocorre na ausência de norma legal incidente ou para atuar de forma corretiva, quando a lei for manifestamente inconstitucional, devendo o juiz limitar-se a interpretar o direito infraconstitucional à luz das normas de direitos fundamentais,

<sup>328</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 142.

<sup>329</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso** – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 142.

evidentemente que de forma fundamentada e com embasamento na doutrina. Não é outro o posicionamento que se exige do juiz na interpretação dos princípios constitucionais.

Quanto à segunda posição, que defende a tese de que a função social é um conceito, cujo conteúdo é fornecido pela lei, a função social dependeria de legislação específica para poder ser aplicada a casos concretos. Essa corrente entende que, se a legislação inferior disciplinar a função social em contraste com preceitos constitucionais, deve prevalecer o critério da especialidade. Sustenta, ainda, que a amplitude da função social deverá ser interpretada restritivamente, de modo a vincular o bem à sua utilização normal, sem descaracterizar a propriedade privada, ou reduzindo-a à concepção meramente instrumental.<sup>330</sup>

Constatamos que estamos diante de uma contradição entre os sistemas aberto e fechado. O primeiro que parte da cláusula geral, e possibilita a interpretação pelo legislador e/ou juiz, conferindo abertura ao sistema e amplitude de interpretação, mas que não agrada a muitos. O segundo, porque o sistema é fechado, limita e restringe a norma constitucional, possibilitando, inclusive, que legislação inferior venha a disciplinar a função social, e, em contraste com preceitos constitucionais, prevê que prevalece o critério da especialidade. Essa ainda prevê a interpretação da função social de forma restritiva, sem descaracterizar a propriedade privada.

A prioridade na concretização dos direitos fundamentais é do legislador, por isso as normas jurídicas, inclusive as de Direito Privado, gozam de presunção de constitucionalidade. Na resolução de casos concretos, que envolvem questões de direito fundamental, os juízes, na aplicação de tais normas, delas só podem se afastar, se demonstrarem sua inconstitucionalidade. Nesse caso, é ônus dos juízes a argumentação.<sup>331</sup>

Com relação à interpretação do juiz, afirma Rodotá que, qualquer que seja o modo como se entenda a natureza da atividade interpretativa do juiz, temos de concluir que se pode criar um princípio inexistente em nosso ordenamento. Destaca

---

<sup>330</sup> LOUREIRO, op. cit., p. 117.

<sup>331</sup> SARMENTO, op.cit., p. 284.

dois pontos: ou bem o princípio somente está determinado na lei ordinária submetida ao juiz do tribunal, e este não pode examinar a constitucionalidade por falta de contraste com uma norma da constituição; ou bem o estabelecido na lei ordinária contrasta com um princípio existente no texto constitucional, e será, portanto, possível declarar sua ilegitimidade. Se a maneira exata de colocar a questão é essa última, isso significa que a determinação de utilidade social é, em linha de princípio, independente da atividade do legislador ordinário e que atualmente é possível julgar toda a legislação em matéria de iniciativa econômica e de propriedade privada com a medida do citado princípio constitucional que adquire, por conseguinte, uma eficácia unificadora do direito vigente.<sup>332</sup>

Na complexidade da sociedade atual, encontramos uma diversidade de expectativas que conduzem à abertura do sistema, não se admitindo uma única resposta, quando o próprio legislador possibilitou a abertura através de cláusulas gerais que levam à abertura do sistema. Considere-se, ainda, que o Direito está interligado com os subsistemas como a economia, a ciência, a religião, o que mostra a necessidade de evolução do Direito para os anseios da sociedade. Não há como negar que, diante da complexidade da sociedade atual, iremos deparar-nos com a situação de risco e de paradoxo, face à diversidade de alternativas que serão colocadas diante do caso concreto. No entanto, o enfrentamento das situações, a partir da interpretação e da aplicação da norma constitucional, impõe-se.<sup>333</sup>

---

<sup>332</sup>: “Cualquier que sea el modo en que se entienda la naturaleza de la actividad interpretativa del juez, hay que excluir que pueda crear un principio inexistente en nuestro ordenamiento. Entonces, una de dos: o bien el principio sólo está determinado en la ley ordinaria sometida al juicio del tribunal y éste no puede examinar la constitucionalidad por falta de contraste con una norma de la Constitución; o bien lo establecido en la ley ordinaria contrasta con un principio existente en el texto constitucional y será, por tanto, posible declarar su ilegitimidad. Si la manera exacta de plantear la cuestión es esta última, ello significa que la determinación de la utilidad social es en línea de principio independiente de la actividad del legislador ordinario y que actualmente es posible juzgar toda la legislación en materia de iniciativa económica y de propiedad privada con la medida del citado principio constitucional (el cual por consiguiente adquiera una eficacia unificadora del derecho vigente.” (RODOTÁ, 1986. p. 206.)

<sup>333</sup> Por complexidade entendemos o excesso de possibilidades, “[...] queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar”, diz LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45. Sobrepondo-se às expectativas, formam-se conjuntos maiores de rejeições que podem ter suas raízes na casualidade dos contatos humanos. Afirma Luhmann, op. cit., p. 107, que “A função da complexidade dessas estruturas é a de aumentar a complexidade dos sistemas físicos e sociais, aumentar o âmbito da experiência e da expectativa de forma a adequar-se a um mundo complexo, com múltiplas situações e exigências instáveis. Com isso, no entanto, sobrecarrega-se a capacidade, fatalmente determinada, de estabelecimento de orientações congruentes. Na experimentação corrente do cotidiano é impossível acompanhar tais estruturas de expectativas fáticas e concretamente, ou seja, fixá-las e controlá-las conscientemente.”

Com relação ao conceito de propriedade, podemos dizer que evoluiu do caráter individual para o social, o que se deve à incorporação progressiva do princípio da função social da propriedade nos ordenamentos jurídicos de diversos países. No caso brasileiro, a Constituição de 1988 modificou a abrangência do Direito Público Constitucional, ao garantir o direito de propriedade no art. 5.º, XXII, a fim de atender à sua função social. Como nos diz Chemeris, a modificação da noção individualista de propriedade revela que a propriedade não se sujeita somente ao Direito Privado, mas também ao Direito Público, com regulamentação do Direito Constitucional.<sup>334</sup>

O princípio da igualdade, da cidadania e da dignidade humana materializa-se na função social da propriedade, buscando o equilíbrio entre o conteúdo social positivado na Constituição e a desigualdade social existente na sociedade, com o objetivo de minimizá-la.<sup>335</sup>

A igualdade, como um dos princípios estruturantes do regime geral, está positivada ao longo de toda a Constituição Brasileira e está enunciada, como valor, no preâmbulo do texto constitucional<sup>336</sup> e, como princípio, no art. 5.º, *caput*.<sup>337</sup>

A Constituição Federal garante a igualdade na aplicação do direito e como nos diz Aronne, a igualdade assume relevância quando tratamos de administração pública e do tratamento judiciário. Ser igual perante a lei traduz mais do que mera aplicação igual da lei, pois induz que a própria lei deve tratar de forma igual todos os cidadãos. Essa igualdade vincula o próprio legislador para a criação de um direito igual, não excludente, para toda a sociedade, o que conduz ao princípio da universalidade. É daí que decorre a obrigatoriedade de atuação do legislador,

---

<sup>334</sup> CHEMERIS, Ivan. **A função social da propriedade**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p.41.

<sup>335</sup> Id. *ibid.*, p. 41.

<sup>336</sup> “Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia interna e internacional, com a solução prática das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Preâmbulo.)

<sup>337</sup> “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Art. 5.º, *caput*.)

positivada na lei, para a solução dos casos práticos, como princípio de igualdade a todos os indivíduos.<sup>338</sup>

A função social da propriedade é um princípio que tem por base o ordenamento jurídico e a matriz juspositiva no texto constitucional. É o ponto de convergência de todas as evoluções alcançadas pelo conceito de propriedade. Deve, portanto, andar junto com os interesses coletivos, sem sobrepor-se a eles, com o fim de atender à função social.<sup>339</sup>

Confunde-se a definição de função social com os sistemas de limitação da propriedade. No entanto, esclarece Silva que as limitações dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; a função social à estrutura do direito mesmo, à propriedade. As limitações estão ligadas às atividades do proprietário e interferem somente no exercício do direito, o que se explica pela simples atuação do poder de polícia.<sup>340</sup>

Sobre o significado, numa perspectiva contemporânea, entendemos a função social como norma imperativa da ação do proprietário. Caracteriza-se pela obrigação de fazer e de cumprir algo em relação à determinada propriedade. De uma forma mais profunda, deve ser entendida como a razão mesma da atribuição do direito de propriedade a um determinado sujeito.

A posição de propriedade, nos sistemas dos direitos, sem determinação de qualquer particularidade, é dada pela concepção de que a propriedade “tem” e não “é” uma função social. Enquadra-se dentro do conjunto de obrigações, e aparece como um temperamento da propriedade do mesmo modo como os limites que a ela se impõem. Como qualquer outro instrumento à disposição do homem, a propriedade não se subtrai ao destino e ao fim que transcende ao indivíduo, ou seja,

---

<sup>338</sup> ARONNE, Ricardo. **Direito civil-constitucional e teoria do caos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 201-202.

<sup>339</sup> MATTOS, op. cit., p. 42.

<sup>340</sup> SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 284. No mesmo sentido, GIORDANI, José Acir Lessa. Propriedade imóvel: Seu conceito, sua garantia e sua função social na ordem constitucional. **Revista dos Tribunais**, a. 80, v. 669, p. 47- 56, jul. 1991, p. 50.

a função social não é tanto a característica típica como o modo concreto desse fim de se manifestar como um dado externo, ainda que não eliminável.<sup>341</sup>

### **2.3.1 A função social da propriedade e o seu desenvolvimento legislativo**

A primeira Constituição Brasileira, do período do Império, de 1824, consagrou o direito à propriedade privada no art. 179, item 22, assim dispondo:

22. É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público, legalmente qualificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos com que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização.

A Constituição Republicana, de 1891, manteve o direito à propriedade privada no art. 72, § 17, com previsão de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

Na Constituição de 1934, o direito à propriedade privada era quase absoluto, cedendo somente à desapropriação pelo Poder Público, mediante indenização justa. Essa foi inspirada no modelo alemão da Constituição de Weimar, art. 113, item 17, que condicionava o direito de propriedade privada ao cumprimento de sua função social. No entanto, seu período de vida foi curto, pois teve origem na revolução constitucionalista de 1932, que sucedeu a Revolução de 1930, que levou Getúlio Vargas ao poder. Vargas, em 1937, implantou o Estado Novo, e impôs uma nova Constituição ao País, inspirada na Constituição Polonesa de 1935.

---

<sup>341</sup> “Se ha observado desde diferentes puntos que en esta concepción la propiedad “tiene” y no “es” una función social; indicándose con ello, simplemente, la posición de la propiedad en el sistema de los derechos, sin determinar ninguna peculiaridad de ella. Encuadrada dentro del más general conjunto de obligaciones a las que el creyente está sometido, la función social aparece como un temperamento de la propiedad, del mismo modo que los límites que se le imponen. Al igual que cualquier otro instrumento a disposición del hombre, la propiedad no se sustrae al destino a un fin que trasciende al individuo: la función social no es tanto la característica típica como el concreto modo de manifestarse de este fin supra-ordenado, manteniéndose así como un dato externo, aunque no eliminable. Es evidente que ello no introduce innovaciones en la estructura histórica de la propiedad y más bien la injería en un sistema jerárquico. Las razones sociales que es habitual señalar como fundamento de esta construcción no consiguen penetrar en lo vivo de la estructura jurídica.” (RODOTÁ, 1986, p. 215-216.)

A Constituição de 1937 não manteve a inspiração alemã, e voltou a assegurar o direito à propriedade privada, ressalvando a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

Na Constituição de 1946, foi restaurada a necessidade de cumprimento da função social da propriedade, tendo como inspiração a redemocratização do final da Segunda Grande Guerra. A função social foi incluída entre os princípios que regem a ordem econômica e social.

Em 9 de novembro de 1964, por meio da Emenda Constitucional n. 10, foram acrescentados parágrafos ao art. 147 da Constituição, prevendo a possibilidade da União desapropriar imóveis rurais, para os fins previstos nesse artigo.

A Constituição de 1967, em seu art. 157, III, manteve a função social da propriedade entre os princípios da ordem econômica e social. Porém o direito à propriedade privada foi mantido no art. 150, § 22, com ressalva para os casos de desapropriação. Em 1969, a Emenda 01/69 manteve a mesma disposição.

A inovação, no tratamento da matéria, foi dada pela Constituição de 1988, ao incluir a função social da propriedade entre os direitos e garantias individuais e coletivos, no art. 5.º, XXIII, conferindo-lhe a condição de cláusula pétrea. Também manteve a função social entre os princípios de ordem econômica, art. 170, III, e estabeleceu os requisitos para cumprimento de função social à propriedade, tanto de bens imóveis urbanos como rurais, no art. 186. Constitui-se a função social dos seguintes fatores expressos nos incisos do art. 186 da Constituição Federal: aproveitamento racional e adequado da propriedade; a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente; a observância das disposições que regulam as relações de trabalho e da exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Destacamos também a idéia plural de propriedade no Código Civil Brasileiro de 2002, pois, de acordo com o art. 1.228, § 1.º, “*O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais [...]*”, enquanto no *caput*, do art. 1.228, do mesmo texto legal, dispõe 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”.*

Também estabelece o § 2.º, do art. 1.228, do Código Civil de 2002, que se proíbe ao proprietário “*os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem*”. Também o art. 1.277, que se refere aos direitos de vizinhança, traz sanções ao “uso anormal” da propriedade. Também se integram ao conjunto de normas da propriedade aquelas que se referem ao direito de superfície, ao condomínio, ao exercício das servidões e do usucapião.

Decorre das disposições do Código Civil, que citamos anteriormente, o princípio da função social como funções positivas e negativas. Como funções positivas, impõe o novo Código o dever de usar o direito de propriedade de acordo com as finalidades econômicas e sociais, incluindo-se os fatores ecológicos e ambientais e os relativos à preservação do patrimônio histórico e artístico, de inegável interesse coletivo e transindividual. Do ponto de vista das funções negativas, não pode o proprietário exercer “anormalmente” o seu direito, ou seja, exercer seu direito de forma abusiva e fora das finalidades arroladas no § 1.º, do art. 1.228.

É a propriedade um direito individual, porém condicionada ao princípio da função social. Sua interpretação é feita a partir dos procedimentos que legitimam as aspirações sociais, através de uma nova visão hermenêutica, voltada à concepção constitucional de igualdade, com o fim de combater as desigualdades existentes entre as pessoas.

## ***2.4 Repersonalização e Constitucionalização: Superação do Paradigma Patrimonialista***

Dentro do contexto da complexa sociedade contemporânea, como forma de situar as transformações que ocorrem no Direito Civil, entendemos conveniente

iniciar o estudo com a conceituação da repersonalização e da constitucionalização do Direito Privado.

Sobre o tema, afirma Fachin que o Código Civil Brasileiro de 2002 está ancorado nos princípios fundamentais do Direito Civil, tendo por base, além da suposta autonomia e pretensa igualdade, o reconhecimento da pessoa e dos direitos de personalidade, para assegurar os direitos dos não reconhecidos e os excluídos de todos os gêneros. Traça um roteiro das tendências contemporâneas.<sup>342</sup>

Há uma mudança de mentalidade na sociedade atual que faz também repensar o Direito, recolocando o indivíduo como ser coletivo, no centro dos interesses, e na perspectiva da igualdade substancial. Os direitos fundamentais do indivíduo, nas palavras de Lorenzetti, “[...] são a forma contemporânea da doutrina dos Direitos Naturais; constituem um objetivo ideal do ordenamento, que vai sendo atingido, progressivamente, até a positivação, nela introduzindo critérios do dever ser”.<sup>343</sup>

Ao saudar o reconhecimento da pessoa, Fachin explica o sentido da “repersonalização” do Código Civil, dizendo que as pessoas não são apenas indivíduos e seus códigos, mas que estão na origem das histórias narradas sem as características e cicatrizes do seu tempo.<sup>344</sup>

Em síntese, a discussão dos princípios, valores que o sistema jurídico colocou em seu centro e em sua periferia, é o que chamamos de “repersonalização” do direito privado. É de uma nova noção de sistema e da análise de seus componentes axiológico-normativos que surge a repersonalização. Como nos diz Aronne,

[...] na positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, no grau de princípio fundamental, as normas de direito das coisas passam a receber

<sup>342</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 8-9.

<sup>343</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 144.

<sup>344</sup> FACHIN, op. cit., p. 8. Sobre o sentido da repersonalização, explica CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. (Nota prévia). 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. v. 1, p. 92, que “É esta valorização do poder jurisdicção do homem comum – sensível quando, como no direito dos negócios, a sua vontade faz lei, mas ainda quando, como no direito das pessoas, a sua personalidade se defende, ou quando, como no direito das associações, a sua sociabilidade se reconhece, ou quando, como no direito de família, a sua afetividade se estrutura, ou quando, como no direito das coisas e no direito sucessório, a sua dominialidade e responsabilidade se pontenciam –, é esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz do Direito Civil o *foyer* da pessoa, do cidadão puro e simples.”

seu influxo, migrando para uma nova dimensão finalística. O sujeito, intersubjetivamente considerado, no seu meio e interação social, por imposição do ordenamento, retoma o centro protetivo do Direito, em detrimento da pertença.

Houve uma alteração substancial no Código Civil Brasileiro que tinha como núcleo central o patrimônio, passando atualmente a ter como centro a pessoa e suas necessidades fundamentais, indo de encontro aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. A mudança de enfoque centralizador do Código Civil deu início à marcha da repersonalização e da despatrimonialização do direito.<sup>345</sup>

A repersonalização coloca o indivíduo como ser coletivo no centro dos interesses e sempre na perspectiva da igualdade substancial. Esse novo enfoque na maneira de ver a sociedade leva a repensar sobre a importância a ser atribuída à personalidade, destacando o direito à intimidade, ao próprio corpo; a importância dada aos hipossuficientes; à garantia do patrimônio mínimo, como o bem de família e o módulo rural, aos defeitos nas relações jurídicas vinculadas ao contrato e ao patrimônio bem como da tutela da vida a quem se destina à norma civil.

Partindo da análise do passado, pretendemos olhar para o futuro, mostrando que o individualismo deu lugar ao indivíduo coletivo como ser coletivo no centro dos interesses e na busca da igualdade. Os direitos individuais, atribuídos a cada cidadão, devem coexistir com os interesses/deveres superiores do Estado inscritos na Constituição e, em tese, devem coincidir com os interesses coletivos. Havendo conflito entre os interesses individuais e os coletivos, predominarão esses.<sup>346</sup>

Entendemos por “repersonalização” a discussão de valores, dos princípios, que o sistema jurídico colocou em seu centro e em sua periferia. O Código Civil Brasileiro tem como centro o patrimônio e é, em torno dele, que gravitam os interesses das pessoas. Com o movimento da repersonalização, as pessoas passaram para o centro dos interesses, assim como suas necessidades fundamentais, entre elas o direito de morar com dignidade. Esse novo enfoque

---

<sup>345</sup> ARONNE, op. cit., p. 44.

<sup>346</sup> LEAL, op. cit., p. 118.

conduziu à “despatrimonialização” que também possui um caráter de “desmaterialização” da riqueza, como bem explicou Fachin.<sup>347</sup>

Constitucionalização significa o processo pelo qual a Constituição vai gerar mudança que irá repercutir no Direito Civil.<sup>348</sup> Os valores como igualdade, solidariedade, liberdade, fraternidade, pluralismo e bem comum ingressam no sistema jurídico pátrio como princípios que vinculam tanto ao Estado como ao destinatário da ordem jurídica, dando origem aos princípios da dignidade da pessoa humana, cidadania e função social da propriedade.<sup>349</sup>

A propriedade privada, como direito individual, foi disciplinada juridicamente a partir do Código Civil Francês em 1804, art. 554, destacando o direito de propriedade como um direito absoluto no centro do ordenamento, reproduzindo as idéias econômicas do início do século XIX, através da propriedade liberal. Serviu o Código Francês de inspiração ao Código Civil Brasileiro de 1916 que colocou a família, a propriedade privada individual e a autonomia da vontade como pilares de sustentação do sistema jurídico privado, servindo, assim, como expressão de positivação do direito natural.

Após, na Constituição de 1988, acrescentou o legislador que o exercício privado da titularidade da propriedade deve estar submetido ao interesse social. O art. 186 da Constituição Federal<sup>350</sup> estatui um conjunto de benefícios básicos vinculados à função social da propriedade, em especial, da propriedade imobiliária rural. Hoje, o exercício da titularidade da propriedade privada está submetido a esses requisitos, sob pena de aplicação de sanção, em caso de não-observância.

O Direito Privado à propriedade passou a ser aplicado à luz da Constituição, o que veio a caracterizar a “constitucionalização” do Direito Privado. Propicia a Constituição um processo de mudança que vai repercutir no Direito Civil.

---

<sup>347</sup> FACHIN, *op. cit.*, p. 78.

<sup>348</sup> *Id. ibid.*, p. 77.

<sup>349</sup> RIBEIRO, *op. cit.* 1998, p. 115.

<sup>350</sup> “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I- aproveitamento racional e adequado; II- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III- observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, Art. 186, 1988)

Destacamos que, em relação ao direito de propriedade, o Código Civil de 2002 veio a introduzir a função social da propriedade no parágrafo 1.º do artigo 1.228, ao dispor que o direito de propriedade deve ser exercido com as suas finalidades econômicas “e sociais”.<sup>351</sup>

Não há como negar que a Constituição, influenciada pela complexidade da realidade social, é mais progressista e aberta. Como diz Streck,

[...] de um lado, temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição que garante estes direitos de forma mais ampla possível. [...] O Estado Democrático de Direito representa a vontade constitucional de realização do Estado Social. É um *plus* normativo em relação ao direito promovedor – intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Desse modo, se na Constituição se coloca o modo, é dizer, os instrumentos para buscar/resgatar os direitos de segunda e terceira gerações, via institutos como substituição processual, ação civil pública, mandado de injunção (individual e coletivo) e tantas outras formas, é porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicitação – há uma confissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas.<sup>352</sup>

Operando uma síntese entre o ser e o dever ser que não podem ser vistos isoladamente, proporciona a Constituição uma nova leitura do Direito Civil, aspirando a pautar as relações privadas por parâmetros normativos mais progressistas e mais justos, dentro da complexidade da sociedade atual.

## **2.5 Conceito de “Pessoa” e a Noção de Constitucionalização**

Parece simples dizer o que entendemos por “pessoa”, mas, na realidade, essa é uma conceituação difícil, pois envolve uma complexidade de noções relacionadas à vida humana, ao ser racional, ao indivíduo, ao homem, à pessoa como sujeito de direitos e à dignidade humana. Por outro lado, deparamo-nos com conceitos já formulados por diversos autores, o que nos leva a fazer um trabalho de

---

<sup>351</sup> “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”. (CÓDIGO CIVIL, Art. 1.228, § 1.º, 2002)

<sup>352</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma visão crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 85.

pesquisa, na busca de uma melhor compreensão dos grandes temas que envolvem a pessoa humana.

Ao se referir ao conceito de “pessoa”, Silva faz referência à importância do debate sobre o tema, afirmando que não se pode, de maneira alguma, deixar que se transforme em um palavrório estéril e com todas as imperfeições éticas, sociais e jurídicas que a discussão possa trazer. A justificativa que apresenta é de que se desenha no horizonte o fortalecimento de um sistema de exclusão social com proporções planetárias, apoiado em uma lógica que faz pouco caso do segundo imperativo categórico de Kant, em sua filosofia moral.<sup>353</sup>

A preocupação de Silva não é com o fato de se viver uma época de crise e transformação das referências, entre elas a do conceito de pessoa, mas com o descaso por uma discussão profunda e interessada dessas referências, seja pela insistência de um comodismo ilusório, apegado a velhos conceitos, seja pela prevalência do imediatismo e das vantagens fáceis, que faz pouco caso da relação entre os atos que dita e a preservação e afirmação da noção de dignidade em *si* e do *alter*.<sup>354</sup>

Sobre a origem do conceito, a partir de Moura, podemos dizer que surgiu na civilização greco-romana e que, inicialmente, estava limitado ao mundo do teatro, pela utilização de máscaras pelos artistas. A finalidade era fazer que suas vozes reboassem melhor pelo espaço aberto em que representavam. Em Roma, tal máscara era chamada *persona* (pessoa). O termo vinha do verbo *personare*, isto é, ressoar. Como a máscara adaptava-se ao personagem que era representado (homem, mulher, velho, criança, etc.), o conceito de pessoa passou a corresponder ao papel que se representava numa peça teatral (personagem).<sup>355</sup>

No Direito Romano, o conceito de pessoa passou a qualificar aquele que tinha capacidade de ter direitos, os sujeitos de direito, passando o Direito a reforçar o conceito de pessoa. Esse conceito não incluía todo e qualquer ser humano, como

---

<sup>353</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa Humana e Boa-Fé nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da *ipseidade*. In: **Anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p 115-116.

<sup>354</sup> Id. *ibid.*, p. 115-116.

<sup>355</sup> MOURA, S.J., P.<sup>o</sup> Laércio Dias de. **A dignidade da pessoa e os direitos humanos**. São Paulo: Editora da PUC, 2002, p. 29.

podemos constatar pela exclusão dos escravos que não eram considerados pessoas, não eram titulares de direitos, e eram considerados como *res*, ou seja, como coisas.

Na área do direito, o uso do termo “pessoa” reforça, em um certo sentido, o conceito de pessoa, mostrando que não se restringe à área do teatro e que é aplicado para significar a capacidade de exercer um papel ou uma função na vida real.

No campo da Filosofia e da Teologia, o conceito de pessoa surgiu com o cristianismo, com fundamento no conhecimento de Deus, ser infinitamente perfeito, inteligente e livre, bem como no conhecimento do ser humano, racional e dotado de liberdade. É a teologia moderna que estabelece que todos os homens são pessoas e que esse termo se refere somente aos homens.

A ligação do termo pessoa a indivíduo de substância racional, conforme Moura, ocorre porque “*O conceito de pessoa aproxima-se muito do conceito de hipóstase*”. Assim destaca o autor:

É importante ressaltar que o conceito de hipóstase teve, contudo, uma compreensão mais abrangente que o de pessoa, podendo exprimir qualquer indivíduo substancial, como observa Santo Tomás de Aquino ao responder uma objeção: “Hipóstase, entre os gregos, pela própria significação do nome, pode exprimir qualquer indivíduo substancial, mas pelo modo de falar veio a significar o indivíduo de natureza racional, por causa da excelência dessa natureza.” (Suma Teológica, I, q. XXIX, art. 2, ad. I).<sup>356</sup>

Conclui Moura que o conceito de pessoa não se limita somente aos seres de natureza racional como também, por sua origem, está ligado à idéia de dignidade de um ser que decorre de sua excelência. O termo “pessoa” está ligado à idéia de dignidade e o fundamento dessa dignidade, no caso do ser humano, é a sua natureza como animal racional.<sup>357</sup>

Passando à análise do conceito de pessoa em Kant, podemos constatar que esse filósofo relaciona a liberdade aos seres racionais. Ou seja, a idéia de pessoa está ligada à liberdade de sua vontade.

---

<sup>356</sup> MOURA, op. cit., p. 32.

<sup>357</sup> Id. *ibid.*, p. 32.

A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade dessa causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, não obstante as causas estranhas que possam determiná-la. Mais adiante afirma “[...] a liberdade tem de ser demonstrada como propriedade da vontade de todos os seres racionais [...]”.<sup>358</sup>

A liberdade da vontade é a autonomia, pois a vontade é, em todas as ações, uma lei em si mesma que caracteriza tão-somente o princípio de não agir segundo nenhuma outra máxima que não seja aquela que possa ser objeto de si mesmo como lei universal. É a fórmula do imperativo categórico. Assim, vontade livre e vontade submetida a leis morais são uma só e a mesma coisa.

A liberdade tem de ser demonstrada como propriedade da vontade de todos os seres racionais, em geral, dotados de uma vontade. Está ligada ao conceito de autonomia, e esta, por sua vez, está ligada ao princípio universal da moralidade que serve de fundamento à idéia de todas as ações de seres racionais. Quando nos julgamos livres, incluímo-nos no mundo inteligível como seus membros e reconhecemos a autonomia da vontade juntamente com a sua conseqüência, a moralidade; como obrigados, ao mundo sensível, e simultaneamente ao mundo inteligível.

A distinção de “pessoa”, com a noção de ser humano, é feita por Sève, vinculada à espécie biológica. Diz que o ser humano é humano porque tem como ponto de partida a humanidade como espécie biológica. A pessoa é humana, num sentido completamente diferente, pelo fato de tomar como fim a humanidade como ideal regulador. No ser humano, a humanidade está presente a título de fato. Na pessoa, ela está representada como um valor. É essa representação que constitui a consciência moral.<sup>359</sup>

Enquanto o ser humano é visto como espécie biológica, portanto ligado à ciência, a pessoa é representada como um valor, constituindo a consciência moral. Percebemos que a palavra *pessoa* aponta para uma verdadeira construção cultural

<sup>358</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 78-79.

<sup>359</sup> SÈVE, Lucien. **Para uma crítica da razão bioética**. Lisboa: Instituto Piaget Divisão Editorial, 1994, p. 21.

e que, tal qual ela chegou aos dias presentes, indica muito mais do que apenas um ser biológico.<sup>360</sup>

Assim o conceito que melhor conviria ao nosso estudo é o de *indivíduo* que nos é dado pela biologia, pois *pessoa* é claramente uma categoria do direito romano e, para nós, de forma mais direta, da teologia cristã.<sup>361</sup>

A noção de pessoa, como sujeito de direitos, advém do conceito abstrato e não da realidade concreta, pois define-se a pessoa como a aptidão a ser titular de direitos e de obrigações, sendo que essa aptidão repousa sobre a “vontade, livre e soberana” do sujeito, numa linguagem diretamente aparentada com a da análise kantiana.<sup>362</sup>

A dissociação entre pessoa e indivíduo físico é fundamental para atender-se ao pensamento jurídico contemporâneo. Deve-se recusar a concepção clássica do direito natural, pois a figura do indivíduo como sujeito de direito está inteiramente ligada à autonomia da pessoa. Portanto, sendo a autonomia um fundamento da dignidade, a pessoa, titular de direitos, deve ser vista em sua dignidade.<sup>363</sup>

Sobre a dignidade humana em Kant, iniciaremos o estudo com clássico conceito de dignidade.

No reino dos fins, tudo tem 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 (*Affektionspreis*); mas o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade.

Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins.<sup>364</sup>

---

<sup>360</sup> SILVA FILHO, op. cit. 2005, p. 117.

<sup>361</sup> SÈVE, op. cit., p. 38.

<sup>362</sup> Id. *ibid.*, p. 21.

<sup>363</sup> Id. *ibid.*, p. 22.

<sup>364</sup> KANT, op. cit. 2004, p. 65.

A concepção moderna da dignidade da pessoa humana de acordo com a tradição kantiana é apresentada por Hegel, não se constituindo, segundo Seelman, de uma recaída no pré-kantiano.<sup>365</sup>

Os elementos da compreensão kantiana são apanhados inteiramente por Hegel que, no entanto, os classifica de forma diferente.

Em primeiro lugar, reconhece que a pessoa como objeto do dever de respeito é a auto-referência do ser idêntico, e é a própria referência à subjetividade sempre diferenciada. O motivo do respeito recíproco é a garantia da liberdade. É um imperativo prático que motiva o estabelecimento de um estado jurídico. Não tem por base uma realidade ontológica nem autonomia ou razão que exijam observância, mas o respeito recíproco do indivíduo como pessoa, detentora de direitos. Em Hegel, a pessoa é um imperativo jurídico e não um mero dever de virtude, como apresentada em Kant. Prevalece, em Hegel, o dever de respeito ao homem, antes mesmo do dever de respeito aos direitos individuais, pois estes referem-se àquele.<sup>366</sup>

Também considera Seelman que “[...] a orientação de acordo com as necessidades existentes no sujeito”<sup>367</sup> não corresponde à concepção apresentada por Kant, pois Hegel alarga a pretensão de respeito à particularidade, característica própria da pessoa humana, sob a palavra-chave do respeito recíproco ou da dignidade da pessoa humana.

A pessoa, no direito abstrato, e o sujeito, na “moralidade subjetiva”, concretizam-se na institucionalização jurídica dessas relações de respeito na “sociedade civil” e no “Estado”. É uma auto-referência sempre individual que se concretiza externamente.

A segunda esfera do reconhecimento de Hegel é de que, “[...] é uma filosofia do sujeito, não uma filosofia da intersubjetividade”.<sup>368</sup> A filosofia torna-se intersubjetiva somente na religião. Para Hegel, a relação religiosa é vista como a

---

<sup>365</sup> SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Dimensões da dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 52.

<sup>366</sup> SEELMAN, op. cit., p. 53.

<sup>367</sup> Id. ibid., p. 53.

<sup>368</sup> Id. ibid., p. 53.

abdição de uma postura intransigente quanto à subjetividade individual. Nessa concepção, o retratar-se a si próprio ocorre na execução do perdoar e ser perdoado. Na filosofia da religião, o respeito é muito mais um ato da intersubjetividade do que um imperativo prático.

O terceiro estágio do reconhecimento recíproco do respeito na esfera do Direito, em Hegel, é um retratar-se a si próprio. É o auto-respeito que repousa na retratação e que não pode ser objeto do direito como imperativo, porque é um ato interno que, como tal, não pode ser exigido e, ainda que fosse, não poderia resultar meritório.<sup>369</sup>

Na discussão atual sobre a dignidade, afirma Seelman que a dignidade é determinada como algo que é ferido por meio da degradação, porém é definida como uma lesão ao auto-respeito.<sup>370</sup> A degradação é uma violação contra um dever de respeito jurídico, e pode ser pensada na recusa do reconhecimento da “pessoa” como subjetividade jurídica e do “sujeito” como indivíduo particular. Ocorre a degradação, quando o outro não é reconhecido como livre ou como indivíduo particular com suas necessidades específicas.<sup>371</sup>

O que não tem preço ou equivalência compreende uma dignidade em Kant. Quando alguma coisa é o fim em si mesma, que não tenha valor relativo ou preço, mas um valor interno, isso é dignidade.

Podemos dizer que *“o que se faz condição para alguma coisa que seja o fim em si mesma”* leva-nos à noção de homem com um fim em si mesmo e como centro da dignidade humana. Kant, ao afastar o valor relativo ou preço, dizendo *“isso não tem simplesmente valor relativo ou preço”*, atribui um valor absoluto a alguma coisa com fim em si mesma, admitindo-a como lei e base do imperativo categórico.

O imperativo é a fórmula do mandamento que se expressa pelo verbo “dever”. Serve para mostrar a relação de uma lei objetiva da razão com a vontade. O imperativo ordena. Classifica-se como imperativo categórico porque representa uma

---

<sup>369</sup> SEELMAN, op. cit., p. 54.

<sup>370</sup> Id. ibid., p. 54.

<sup>371</sup> Id. ibid., p. 54-55.

ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com outro fim. A ação é boa em si mesma.

O que tem “um fim em si mesmo” é o homem, ser racional, que existe como fim em si mesmo e não só como meio. É para ele que tudo converge, por isso ele tem de ser considerado como fim.

No pensamento da Igreja Católica, o ser humano tem um lugar privilegiado no universo, afirma Moura que

[...] ele tem, por sua natureza de animal racional, dotado de uma alma espiritual, um destino eterno, e, portanto, um lugar privilegiado na criação e na história. Este lugar é descrito pelo Salmista nestas linhas poéticas: “Que é o homem, digo-me então, para pensardes nele? Que são os filhos de Adão, para que vos ocupeis com eles? Entretanto, vós o fizestes quase igual aos anjos, de glória e honra o coroastes!” (Sl. 8, 5-6). Esta glória e honra correspondem à dignidade que tem cada ser humano e que lhe advém da sua natureza racional, do fato de ser pessoa.<sup>372</sup>

No entanto, Kant não vincula a dignidade do ser humano à religiosidade, mas às máximas da vontade.

A natureza, tal como a arte, nada contém que à sua falta se possa pôr em seu lugar, pois o que o seu valor não reside nos efeitos dela derivados, na vantagem e utilidade que criam, mas sim nas intenções, isto é, nas máximas da vontade, sempre prestes a se manifestar dessa maneira por ações, ainda que o êxito não as favoreça. Tais ações não carecem de nenhuma recomendação de disposição ou gosto subjetivo para as olharmos com imediato favor e satisfação; não carecem de nenhuma tendência ou sentimento imediato; apresentam a vontade, que as realiza.<sup>373</sup>

São fundamentos da dignidade a moralidade, a autonomia e o respeito.

Sobre a moralidade, no texto de Kant sobre a dignidade, Junges faz a seguinte análise:

Aparecem três características da dignidade próprias da moralidade: incondicionalidade (absoluta prioridade), superioridade absoluta (acima de qualquer preço) e incomensurabilidade (nenhum equivalente), Segundo essa primeira definição, a dignidade humana é uma categoria essencial da

---

<sup>372</sup> MOURA, op.cit., p.76.

<sup>373</sup> KANT, op. cit. 2004, p. 66.

humanidade, através da moralidade. A dignidade identifica-se com a moralidade.<sup>374</sup>

A moralidade encontra-se em puros conceitos da razão e não em qualquer parte. Como representação pura do dever e, em geral, da lei moral, tem uma influência sobre o coração humano tão superior a todos os demais determinantes.<sup>375</sup>

Todos os conceitos morais têm sua sede e origem, completamente, *a priori*, na razão, tanto na razão humana mais vulgar como na mais especulativa. Tais conceitos não podem ser abstraídos de nenhum conhecimento empírico e, precisamente nessa pureza de sua origem, é que reside a sua dignidade para nos servir de princípios práticos supremos.<sup>376</sup>

Consiste a moralidade na livre aceitação de um dever que a razão apresenta à vontade como necessário. Quando o cumprimento desse dever lesa as minhas inclinações sensíveis, é a lei moral um constrangimento que se exprime num imperativo incondicionado, “categórico” que me ordena objetivamente o próprio fim. Essa ordem não é externa como na legislação jurídica, mas interna. É isso que é próprio da lei moral. Como forma de obrigação em geral, podemos dizer que a moralidade é a necessidade de uma ação livre, ditada pelo imperativo categórico da razão. Esta é a pura forma da obrigação universal que constitui o fundo da idéia de lei moral.<sup>377</sup>

A autonomia é constituída da vontade, graças à qual ela é, para si mesma, a sua lei, independentemente da natureza dos objetos do querer. “O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo a que as máximas de escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal”.<sup>378</sup>

Agir moralmente, na interpretação de Junges, é agir por respeito e segundo a representação da lei. Essa é a máxima universal ou imperativo categórico, cuja

---

<sup>374</sup> JUNGES, José Roque. O respeito à dignidade humana como fundamento de todo humanismo. In: OSOWSKI, Cecília (Org). **Teologia e humanismo social cristão**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000, p. 149.

<sup>375</sup> KANT, op. cit. 2004, p. 41.

<sup>376</sup> Ver KANT, op. cit. 2004, p. 42.

<sup>377</sup> SÈVE, op.cit., p. 154.

<sup>378</sup> KANT, op. cit., p. 70.

primeira formulação é *“Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei natural!”*<sup>379</sup>

A vontade é concebida por Junges como a faculdade que determina a si mesma a agir conforme a representação de leis, isto é, segundo máximas, o que só ocorre em seres racionais. Partindo da afirmação de que todo ser racional existe como fim em si mesmo e não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade, chega à segunda formulação do imperativo categórico: *“Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio”*.<sup>380</sup>

Há uma identificação da humanidade com o ser racional com fim em si mesmo. Deve ser respeitada a dignidade do outro e não tomar o outro como um simples meio. O dever jurídico não é imposto por meio da violência, mas como dever de virtude que se situa entre o dever jurídico e outro dever de virtude que é o amor ao próximo. Se existe na própria pessoa o dever para consigo mesmo de respeitar a humanidade, então se afirma esse conceito de dignidade que reconhece ao indivíduo, perante os outros, o direito moral de respeito.

Impõe o segundo imperativo categórico de Kant, o respeito que a pessoa deve ter a si mesma como regra de universalização, que conduz ao respeito pelo outro, estabelecendo-se uma reciprocidade.

A exigência do imperativo categórico é de que o ser humano não seja visto como um meio para atingir outras finalidades e que seja sempre considerado como um fim em si mesmo. Orienta-se o imperativo categórico pelo valor universal e incondicional da dignidade humana. É ela que inspira a regra maior que é o respeito ao outro.

Como terceira formulação do princípio prático da vontade, afirma Junges que a vontade é concebida como legisladora universal no ser racional considerado em si mesmo. Na terceira formulação, a renúncia a todo interesse e o agir por puro dever tornam-se caráter específico do imperativo categórico. É a idéia de uma vontade como legisladora universal que expressa essa dimensão. Como lei universal, a

---

<sup>379</sup> JUNGES, op.cit., p. 150.

<sup>380</sup> Id. ibid., p. 150.

vontade não se funda em nenhum interesse, pois reporta-se ao valor ético que é incondicional. Enquanto lei universal, a vontade é autônoma diante da heteronímia da lei, pois torna-se sua autora.<sup>381</sup>

A máxima “*sempre ao mesmo tempo como um fim e nunca simplesmente como meio*” é tida como absurda por Sève, porque a moral não me proíbe de recorrer a outrem como a um meio, desde que tenha o seu acordo livre para tal. O que é inaceitável é utilizar o ser humano como *puro* meio, desprezando a sua liberdade. A consideração da humanidade em cada homem determina, pois, relativamente a ele, um dever à exigência incondicional de respeitar a *autonomia* da vontade em todos.<sup>382</sup>

A idéia de igualdade de todos os seres humanos na dignidade é fundamentada no respeito. Afirma Kant que

A própria legislação, no entanto, que determina o valor, por isso mesmo deve ter uma dignidade, ou seja, um valor incondicional, incomparável, para o qual só a palavra *respeito* confere a expressão conveniente da estima que um ser racional deve lhe tributar.

O respeito aparece como idéia de reciprocidade, respeitar aos outros como a si mesmo, o que leva à igualdade de todos os seres humanos.<sup>383</sup>

O reconhecimento como pessoa e como sujeito na Filosofia do Direito de Hegel difere da concepção de Kant, quanto à classificação. Hegel apresenta a pessoa e o sujeito como objeto do dever de respeito que é igual em todos, do ser idêntico, também para além do tempo, e com referência à subjetividade sempre diferenciada. Apresenta como motivo da necessidade desse respeito recíproco a garantia de liberdade.<sup>384</sup>

Na base do dever de respeito de Hegel, não se encontra qualquer realidade ontológica, nem autonomia nem razão que exijam observância. O respeito para Hegel é um imperativo prático motivador do estabelecimento de um estado jurídico. A diferença de Kant é que esse respeito recíproco, do primeiro estágio, refere o

---

<sup>381</sup> JUNGES, op. cit., p. 150-151.

<sup>382</sup> SÈVE, op. cit., p. 157.

<sup>383</sup> KANT, op. cit. 2004, p. 66.

<sup>384</sup> SEELMAN, op. cit., p. 52.

respeito como pessoa, como legitimado à detenção de direitos, não é um mero dever de virtude, mas, expressamente, um “imperativo jurídico”.<sup>385</sup>

Outra distinção que faz, diz respeito à orientação de acordo com as necessidades existentes no sujeito que em Kant é identificada na concepção da dignidade da pessoa humana e que, em Hegel, é alargada para a pretensão de respeito à particularidade, àquilo que é distinto, característico e que, possivelmente, nele se estabelece como motivo para uma crítica à propagação de representações humanas objetivas sobre respeito recíproco ou dignidade da pessoa humana.<sup>386</sup>

Essas relações de respeito, diz Seelman que, na “sociedade Civil” e no “Estado” são institucionalizadas juridicamente, o que garante a concretização externa da auto-referência da pessoa, no “direito abstrato”; e do sujeito, na “moralidade subjetiva”, como sujeito jurídico, ou seja, como sujeito concreto, dotado de necessidades. Enfatiza que, nessa garantia institucional, o propriamente jurídico reside em tais relações de respeito. Assim, na segunda esfera da Filosofia de Hegel, o que se reconhece é a filosofia do sujeito, concretização externa de uma auto-referência sempre individual.<sup>387</sup>

A filosofia da intersubjetividade é para Hegel o que se torna a Filosofia da Religião, porém o conceito de dignidade da pessoa humana não é o restabelecimento de uma autoridade imperativa externa. A relação religiosa é apresentada na forma de abdicar-se expressamente de uma postura intransigente quanto à subjetividade individual. Assim, a dignidade para Hegel só ocorre na execução do retratar-se de si próprio, no perdoar e ser perdoado. O respeito aqui é um ato da intersubjetividade mesma e não um imperativo prático de uma concretização externa da auto-referência subjetiva. O auto-respeito só pode tornar-se uma questão de dignidade ali onde essa resulta de um ato interno próprio.<sup>388</sup>

O Concílio Vaticano II, na passagem da *Gaudium et Spes*, recomenda

[...] a reverência para o homem, de maneira que cada um deve considerar o próximo, sem exceção, como um “outro eu”, tendo em conta, antes de mais,

<sup>385</sup> SEELMAN, op. cit., p. 53.

<sup>386</sup> Id. ibid., p. 53.

<sup>387</sup> Id. ibid., p. 53.

<sup>388</sup> Id. ibid., p. 54.

a sua vida e os meios necessários para a levar dignamente, não imitando aquele homem rico que não fez caso algum do pobre Lázaro.<sup>389</sup>

Ponto capital para o nosso problema é que respeitar alguém é dobrar-se à sua liberdade *moral*, e não fazer todas as suas vontades. Aliás, entendido como um simples afeto psicológico, o respeito não poderia ser mais ordenado que o amor.<sup>390</sup>

Em análise à Declaração Universal de Direitos Humanos, não encontramos conceito de pessoa, mas nele encontramos, como fundamento, a razão e a consciência de que é dotado todo o ser humano e a afirmação de que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Entre a relação de sujeito e pessoa, o conceito de personalidade deve ser considerado. Outrora, o termo personalidade era sinônimo da palavra pessoa. No entanto, a antropologia filosófica atual propõe-nos uma visão mais profunda que não encontramos nem na psicologia da personalidade nem na psicologia social, pois nelas falta o essencial que é a própria vida do ser concreto na espessura do seu mundo e na abertura de seu destino.

O objeto da personalidade é aquilo que um homem faz da sua vida e aquilo que sua vida faz dele, esboçando um conceito de personalidade fecundo que é a personalidade como produtora de uma história de vida que, ao mesmo tempo, a produz. É um mundo de práticas e de relações, de significações e de regulações, cujas lógicas objetivas são outras tantas formas indutoras de personalização que vem a constituir um mundo societário ativo de seus semelhantes.

Esses elementos são importantes para nossa abordagem jurídica no âmbito da discussão sobre o respeito da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>389</sup> CONSTITUIÇÃO Pastoral do Concílio Vaticano II. **Sobre a Igreja no mundo de hoje**. 2. ed. São Paulo: Paulinas, 1966, p.36.

<sup>390</sup> SÈVE, op. cit., p. 158.

### **3 A PROPRIEDADE URBANA RE-LIDA SOB A ÓTICA DO NOVO DIREITO DE PROPRIEDADE**

#### ***3.1 Problemas Urbanos de Moradia no Brasil e a Proximidade do Enfoque Personalista da Propriedade Urbana à Problemática da Moradia***

Não podemos negar o direito que todas as pessoas têm a um lugar adequado para viver, o que nos remete ao direito de moradia digna. Junto a esse direito, surge o direito à segurança, ao conforto, a um ambiente saudável que proporcione qualidade de vida aos moradores e à comunidade.

Apesar do direito à moradia, muitas pessoas não possuem um teto sob o qual viver, o que leva à dificuldade de acesso ao emprego, à educação e à saúde. É o que nos revela a Comissão das Nações Unidas para Assentamentos Humanos, estimando que 1,1 bilhão de pessoas estão vivendo em condições inadequadas de moradia. Todos os outros direitos humanos estão vinculados ao direito a uma moradia digna, pois as pessoas primeiramente precisam morar para, depois, serem satisfeitos os seus demais direitos. No entanto, esse direito à moradia é um direito que vem sendo violado.<sup>391</sup>

---

<sup>391</sup> SAULE JR., Néilson. Direitos humanos à moradia adequada e à terra urbana. In: PLATAFORMA BRASILEIRA de direitos humanos, econômicos, sociais e culturais. **Relatório Brasileiro 2003**, Recife: Edição Bagaço, 2003, p. 139.

Prevê a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, § 2.º, que “*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*”. Ou seja, a Constituição Federal enquadra no rol de direitos protegidos aqueles enunciados nos tratados internacionais, entre eles, os direitos humanos.

A previsão do direito humano à moradia encontra-se no Capítulo dos Direitos Sociais, art. 6.º da Constituição Federal. No entanto, apesar dessa previsão expressa, milhões de brasileiros não têm acesso à moradia digna, continuam vivendo em situação de pobreza, e são excluídos dos meios de acesso ao bem-estar social.

Podemos dizer que o Brasil, apesar de sua grandiosidade, de suas riquezas naturais e culturais, da diversidade de raças que compõem o seu povo, ainda mantém um quadro de pobreza, de miséria e de exclusão social <sup>392</sup> que o colocam entre os países de maior desigualdade e contraste do planeta.

Ao analisar a realidade social e o processo histórico, pretendemos buscar soluções para o problema de moradia com a valorização do ser humano, sujeito com direito a uma vida digna e ao bem-estar. Entendemos que o Brasil somente atingirá o desenvolvimento humano, quando observados plenamente os direitos humanos na esfera econômica, social e cultural.

Destacamos que o modelo de industrialização e de desenvolvimento que vigora nos países em emergentes, com sua forma diversificada e desequilibrada, apresenta como resultado a modernização que proporciona a exclusão e a segregação social de grande parte da população, resultando na urbanização brasileira. O processo de urbanização brasileiro e dos demais países latino-

---

<sup>392</sup> Sobre a inclusão social, afirma-nos VIAL, Sandra Regina Martini et alii. Sociedade contemporânea: o paradoxo da inclusão/exclusão social no contexto da global. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. **Direitos sociais e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. t. 4, que “Temos, desta forma, uma sociedade que inclui todos somente porque também é capaz, ao mesmo tempo, de excluir os “ditos” incluídos. Logo, a diferença entre inclusão e exclusão se refere ao modo pelo qual uma sociedade consente aos indivíduos serem pessoas humanas ou, em outros termos, de participarem do sistema universal da comunicação, o que significa que a inclusão e a exclusão assumem formas diferenciadas nas diferentes etapas evolutivas. [...] Falar em cidadania, ou em inclusão e exclusão, significa pensar na implementação dos direitos das pessoas enquanto seres humanos.”(p. 1079-1085).

americanos intensificou-se a partir da segunda metade do Século XIX. O grande movimento populacional obrigou a construção de cidades para atender às necessidades de moradia, de trabalho e demais necessidades de seus habitantes.<sup>393</sup> Houve um processo migratório do campo para a cidade, devido a pressões negativas ou de expulsão do campo, propiciadas pela política de desenvolvimento agrícola e pela concentração da propriedade na mão de poucos proprietários privados. Também a improdutividade da terra foi motivo de migração, pois cerca de 166 milhões de hectares são latifúndios improdutivos, os quais ocupam 60% da área total.<sup>394</sup> Sobre o desenvolvimento agrícola implantado no Brasil, podemos dizer que sempre privilegiou as oligarquias rurais e o capital industrial, comercial e financeiro que a ela se aliou. Os seguintes dados são apresentados por Saule Júnior.

Dos 38 milhões de habitantes na área rural, 73% tem renda anual inferior à linha da pobreza (US\$ 260,00), colocando o país entre os de pior distribuição de renda do mundo. Esta situação agrária é responsável pela presença, no campo, de 51% dos milhões de famintos do Brasil e pela migração de 50 milhões de pessoas do campo para as cidades nos últimos 30 anos. Hoje, 81% da população brasileira vive nas cidades, cerca de 138 milhões de pessoas.<sup>395</sup>

Com o objetivo de fazer obras de saneamento e de embelezamento das cidades, os pobres foram expulsos para as periferias, nascendo, assim, a urbanização brasileira. Obras paisagísticas passaram a ser realizadas nas áreas centrais, favorecendo e consolidando o mercado imobiliário capitalista, e obras de infra-estrutura passaram a ser realizadas pelo Estado, a fim de induzir o

---

<sup>393</sup> A temática que envolve as cidades é apresentada por Leal (1998, p. 56), ao afirmar que “Os temas que envolvem a cidade, por exemplo, surgem, nos moldes em que se encontram modernamente, no século XX, como um ramo do conhecimento que se pretende multidisciplinar, a saber, o urbanismo, em resposta à complexidade de problemas que não poderiam receber solução dos conhecimentos, instrumentos e métodos setorializados de nenhuma ciência ou técnica em separado”. Esclarece que “[...] no século XIX, confunde-se a arte de decoração imitativa com a missão de planejar as cidades. Derivado da voz latina *urbis* (cidade), surge, com efeito, como arte de tornar as cidades belas e harmoniosas. É, então, disciplina complementar à arquitetura; se preferirmos, uma arquitetura de conjunto.” Com a superação desse conceito, afirma que o tema que envolve a cidade passa a abranger “[...] todos os aspectos do inter-relacionamento entre o homem e os espaços por ele habitados, assumindo, em breve tempo, posição eminente entre as disciplinas de síntese (aquelas que se relacionam a outras disciplinas)”. Percebemos, assim, a evolução do planejamento das cidades em razão do embelezamento para a visão de cidade que passa a abranger todos os aspectos do relacionamento entre o homem e os espaços por ele habitados.

<sup>394</sup> O processo migratório campo-cidade ocorre, segundo Leal (1998, p. 61), “[...] por pressões positivas, através da oferta de melhores empregos nas cidades, e negativas ou expulsoras do campo, tanto por um crescimento vegetativo dessas populações como por alterações na tecnologia de produção agrícola e formas organizacionais da produção e da criação de tipos de produtos liberadores de mão-de-obra.”

<sup>395</sup> SAULE JR, op. cit., p. 141.

desenvolvimento industrial. A realização dessas obras, em áreas distantes e vazias, valorizou as áreas, e propiciou a especulação imobiliária que veio a penalizar os moradores das periferias que arcaram com seu custo.<sup>396</sup>

Observamos, a partir desse procedimento, que as elites procuram afastar de sua visão a população pobre e criam, através de reformas urbanas, uma cidade artificial e dividida. Os trabalhadores urbanos passam a viver nos assentamentos das periferias das cidades, locais que lhes são acessíveis, devido ao seu baixo poder aquisitivo, que não lhes permite pagar aluguel ou comprar seu terreno. Esse também é o entendimento de Leal, ao destacar que os loteamentos são irregulares e que o Estado, por meio das Prefeituras, mantém-se afastado dessa problemática, não se comprometendo a levar infra-estrutura a essa periferia urbana nascente, pois esses loteamentos não são conhecidos oficialmente, o que leva o Poder Público a justificar a não instalação de equipamentos urbanos faltantes e imprescindíveis como pavimentação, luz, água, esgoto, canalização de águas pluviais e de cursos d'água.<sup>397</sup>

A forma de adquirir-se propriedade, desde a primeira lei de terras de 1850, é a compra e venda que substituiu o sistema anterior da apropriação que fazia com que o possuidor adquirisse a propriedade. Após, partiu-se para o parcelamento do solo, criação de códigos de posturas e de obras, leis de zoneamento e parcelamento do solo, de edificações. É indiscutível que as áreas de terra melhor localizadas passaram a ter preços mais elevados, o que segregou territorialmente grande parte da população que não tinha condições de pagar o preço da terra urbanizada e bem localizada. Como consequência, surgem as cidades divididas: a cidade formal, legal e urbanizada; e a cidade informal, ilegal e desprovida de infra-estrutura.<sup>398</sup>

De um certo modo, a ilegalidade está presente pelo fato de que as pessoas que adquirem a terra e nela se estabelecem não têm condições de proceder à regularização da área, devido à exigência de preenchimento dos requisitos legais. Os padrões de legalidade são restritivos e inflexíveis e não podem ser cumpridos pela maior parte da população. Essa é a forma de colocar as pessoas à margem da

---

<sup>396</sup> SAULE JR, op. cit., p. 141. Sobre o embelezamento como objetivo da urbanização e, após, a cidade como questão de desenvolvimento, ver LEAL, op. cit. 1998, p. 73.

<sup>397</sup> LEAL, op. cit. 1998, p. 71.

<sup>398</sup> SAULE JR, op. cit., p. 142.

regularização tradicional bem como de revelar o não cumprimento da função social da propriedade.

É visível em nossas cidades a presença da legalidade e da ilegalidade, sendo que essa última aumenta a cada dia. Com a migração do interior para a cidade, as pessoas, sem poder aquisitivo, passam a viver em aglomerados humanos, na periferia, formando novos blocos populacionais ilegais. O êxodo rural proporciona o aumento das cidades e a formação de outras. Em todo o País, as cidades abrigam hoje mais de 80% da população.<sup>399</sup>

A ilegalidade da ocupação do solo não se restringe às favelas. Essas, segundo estimativa do IBGE, tiveram um crescimento de 22% no período de 1991 a 2002, conforme nos informa Saule Jr, ao afirmar também que a irregularidade está nas seguintes situações:

Ocupações coletivas de prédios públicos em regiões centrais da cidade por movimentos que lutam por moradia; ocupações individuais ou coletivas de espaços vazios sob pontes e viadutos; loteamentos clandestinos implantados por empresas privadas, imobiliárias, proprietários e cooperativas habitacionais em áreas impróprias ou de preservação ambiental; conjuntos habitacionais irregulares implantados por associações comunitárias, empresas e imobiliárias; cortiços instalados em imóveis velhos e deteriorados, adaptados irregularmente para serem alugados a famílias de baixa renda.<sup>400</sup>

As notícias que temos sobre o crescimento de habitações irregulares são alarmantes: prevêem maior número de pessoas vivendo nesse tipo de habitação nos próximos anos.

Os dados apresentados por Saule revelam-nos que a parcela da população que vive em residências privadas legalizadas restringe-se a 30% das habitações, e é para ela que se volta a administração pública com obras, investimentos, códigos e leis reguladoras, o que restringe ainda mais o acesso da população de baixa renda a esses benefícios. Após o Censo de 2000, no Brasil, a Fundação João Pinheiro elaborou o estudo do “Déficit Habitacional no Brasil 2000”. Nele foi constatada a

---

<sup>399</sup> Sobre as conseqüências do crescimento das cidades, Leal (1998, p. 104) afirma que “Na medida que as cidades vão crescendo, com elas crescem também novos sujeitos sociais, que não se caracterizam pela passividade ou aceitação do que lhes é imposto pelo ritmo de crescimento da sociedade industrial estabelecida”.

<sup>400</sup> SAULE JR., op. cit., p. 143.

existência de um déficit habitacional que reflete a necessidade de construção de novas moradias em função da deficiência do estoque devido à precariedade construtiva ou desgaste da estrutura física ou, ainda, por ter coabitação familiar. Também os domicílios sem condições de habitabilidade integram o déficit de estoque de moradia, com necessidade de incremento ou reposição.<sup>401</sup>

O ônus excessivo de aluguel é apontado como um item do déficit de estoque de moradia e aponta a extrema insegurança e a perda de renda mensal dos assalariados de baixa renda que não possuem casa própria. Entre esses, a relação de locação é estabelecida através de relações informais e perversas para os inquilinos que não têm renda para alugar, sem observância da lei e, portanto, fora do mercado formal da locação.

As pesquisas realizadas apontam a necessidade de incremento e reposição do estoque de moradias, sobretudo nas áreas urbanas, em mais de 80%, para famílias com rendimentos iguais ou inferiores a três salários mínimos. O estudo do déficit habitacional apurou que esse segmento de famílias representa 83,2% da população urbana em condições críticas de habitação. A necessidade mais premente é, portanto, de moradia familiar.<sup>402</sup>

No levantamento feito, também se constatou a inadequação das moradias, com necessidade de reparos ou ampliação das mesmas. Há necessidade de ampliação da oferta de serviços de infra-estrutura básica, de ações de legalização da situação da posse da terra (regularização fundiária) e de linhas de crédito para reforma ou ampliação da moradia. Constata-se a existência de uma densidade excessiva em domicílios de famílias com renda mensal de até três salários mínimos. Também nessa faixa de renda e nas faixas de cinco a dez salários mínimos encontram-se a maior parcela de domicílios com inadequação fundiária.

Nas habitações de famílias com baixa renda é que se concentra a inadequação dos serviços de infra-estrutura, onde podemos também observar a inadequação de, pelo menos, um dos serviços essenciais básicos. O estudo realizado aponta o esgotamento sanitário como o serviço mais deficitário nos

---

<sup>401</sup> SAULE JR., op. cit., p. 145.

<sup>402</sup> Id. *ibid.*, p. 149.

domicílios brasileiros, com 79,3%, seguido da falta de rede geral de abastecimento de água, com 15,3%. Conclui que a concentração de domicílios inadequados dá-se na faixa de até três salários mínimos, representando 58,9% dos carentes do País.<sup>403</sup>

O que se constata é que o déficit habitacional brasileiro está concentrado entre moradores que se encontram na faixa salarial de renda mais baixa do país. Há necessidade de uma política de *subsídio* à política habitacional, no que se refere à produção e à comercialização de moradias. Algumas prioridades são apontadas por Leal como impositivas, e devem ser perseguidas e reguladas pelo Poder Público.<sup>404</sup>

Os dados revelam que há muito a fazer e, com urgência, devido à deficiência habitacional ocasionada pelo crescimento da população das cidades brasileiras, e porque as leis de mercado, por si só, não têm conseguido solucionar o problema de moradia das famílias com baixa renda. Há necessidade de incremento das políticas públicas, pois o que já foi feito mostra-se insuficiente para a solução do problema que tende a agravar-se, uma vez que constatado que 83,2% do déficit urbano concentra-se nas famílias de baixa renda.<sup>405</sup>

Merece registro também a existência de déficit rural de moradia que está concentrado em famílias com renda de até dois salários mínimos.

---

<sup>403</sup> ONU: **O Brasil terá 55 milhões vivendo em favelas até 2020**, publicado no Jornal O Estado de São Paulo, em 16 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=1273>>. Acesso em: 26 jun. 2006.

<sup>404</sup> As prioridades são especificadas por Leal (1998, p. 81-82): “1) Uma gestão democrática da cidade que garanta condições de moradia digna, infra-estrutura básica e equipamentos sociais eficazes ao conjunto da população e que se constitua em instrumento de integração de uma grande massa de excluídos urbanos; 2) Políticas governamentais voltadas à sustentabilidade urbana de forma, a tornar as cidades mais compactas (zoneamento espacial e políticas fiscais que protejam áreas rurais e de preservação ambiental) e com maior eficiência nos transportes, no uso de energia e na construção; 3) Uma concepção de zoneamento urbano e de ocupação do solo urbano que permita a convivência entre usos residenciais, industriais e comerciais e favoreça a utilização mais intensa de transporte não-motorizado. Um sistema múltiplo de transportes públicos – trens, metrô, ônibus – que estabeleça a conexão entre bairros e centros urbanos com serviços diversificados; 4) Definição de estratégias e políticas de uso e conservação dos recursos hídricos, de maneira a evitar o desperdício e a co-responsabilizar empresas, governo e sociedade civil na sua gestão; 5) Estabelecimento de soluções combinadas para manejo dos resíduos urbanos, priorizando a redução das fontes de detritos, reutilização dos resíduos e reciclagem; 6) a utilização de instrumentos jurídicos existentes e a criação de novos, que dêem cobertura e mesmo viabilidade ao exercício do Poder de Estado, para dar concretude à idéia de função social da propriedade e da cidade, ampliando as possibilidades de objetivação de tais metas, tanto como os exemplos acima referidos, como imaginando novas situações desta ordem.”

<sup>405</sup> SAULE JR., op. cit., p.149.

O estudo realizado revela, com dados precisos e percentuais, o que nós sabemos através da constatação visual de nossas cidades. Aumenta o cinturão de miséria nos grandes centros urbanos, locais de moradia de famílias com baixa renda, que vivem em habitações inadequadas, com problemas de infra-estrutura e sem legalização fundiária.

De acordo com o artigo “ONU: Brasil Terá 55 Milhões Vivendo em Favelas até 2020”, publicada no jornal O Estado de São Paulo, do dia 16 de junho de 2006, tendo como fonte um relatório das Nações Unidas sobre os centros urbanos no mundo, divulgado em Londres, o número de moradores nas favelas brasileiras deve subir para 55 milhões em 2020, o que seria equivalente a 25% da população do país, de acordo com projeções demográficas feitas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Segundo a notícia, apesar do número alto, o documento frisa que a taxa de crescimento das favelas no Brasil, em 0,34% ao ano, está praticamente estabilizada. Segundo os dados das Nações Unidas, 52,3 milhões de pessoas viviam nas favelas brasileiras em 2005, correspondendo a 28% da população do país. A conclusão, a partir dos dados levantados, é de que, apesar do aumento absoluto do número de habitantes nas favelas nos próximos anos, eles representam um percentual cada vez menor da população total do país.<sup>406</sup>

O relatório elogia diversos programas brasileiros, mas alerta, dizendo que a vida de quem vive nas favelas continua piorando e que os velhos preconceitos não mudaram. Conforme o relatório, um estudo feito no Rio de Janeiro descobriu que era uma barreira maior viver na favela do que ser negro ou mulher na hora de conseguir emprego. Descobriu que “onde se mora importa”, quando se fala em saúde, educação e emprego, confirmando o que a sociedade já sabe.<sup>407</sup>

Segundo o documento, O Estado das Cidades do Mundo 2006-2007, elaborado pelo programa Habitat, as condições de moradia afetam quem vive nas favelas. Esses moradores passam mais fome, têm menos educação, menos chances de conseguir emprego no setor formal e sofrem mais com doenças do que o resto da população das cidades. Mesmo assim, o Brasil foi citado como exemplo em políticas de urbanização, saneamento básico e orçamento participativo, em

---

<sup>406</sup> ONU, op cit., *on-line*.

<sup>407</sup> Id. *ibid*.

razão das políticas sociais desenvolvidas. De acordo com os dados do relatório, na América Latina, a Argentina, o Brasil e o México vão ter maior influência na redução da população das favelas da região até 2020.<sup>408</sup>

O relatório da ONU aponta que o Brasil e o México já atingiram uma redução extraordinária na fatia de moradores de favelas nas áreas urbanas, enquanto, em números absolutos, o aumento foi pequeno nos dois países. A estimativa é de que as populações de favelas aumentem em 4 milhões, até 2020, totalizando 71 milhões de pessoas, se a desaceleração continuar. Informa que, na Argentina, a taxa de crescimento das favelas é de 2,21 % ao ano. Também apresenta, através do Relatório Habitat, uma previsão assustadora, ao constatar que quase 1 bilhão de pessoas, um sexto da população mundial, vive em favelas e que, se a tendência atual continuar, esse número vai subir para 1,4 bilhão em 2020, o equivalente à população da China. O alerta que faz a ONU é de que *“a comunidade internacional não pode ignorar os habitantes das favelas, porque, depois da população do campo, elas são o maior grupo nos países em desenvolvimento, - e este número vai crescer quando estes países se tornarem mais urbanizados”*. Os dados são alarmantes, porque a estimativa é de que, até 2030, as cidades dos países em desenvolvimento vão ter cerca de 4 bilhões de habitantes, 80% da população urbana do mundo. Por isso, a sugestão da ONU é de que os governantes, ao formularem as políticas sociais, levem em conta as diferenças entre favela e outras áreas urbanas.<sup>409</sup>

De acordo com a reportagem sobre a matéria, a equipe de pesquisadores dividiu os países em quatro grupos, a fim de medir a performance de cem nações na redução da população de favelas: os que estão no caminho certo, os que estão estáveis, os que estão em risco e os que estão indo pelo caminho errado. O Brasil, segundo essa tabela, está na categoria estável, junto com países como a Colômbia e Filipinas, graças ao compromisso político, apoiado por recursos, em investir nos pobres dos centros urbanos.<sup>410</sup>

Em termos de desigualdade entre os moradores de favelas e os de áreas urbanizadas, o estudo revela que o Brasil só pode ser comparado à Costa do

---

<sup>408</sup> ONU, op cit., *on-line*.

<sup>409</sup> Id. *ibid*.

<sup>410</sup> Id. *ibid*.

Marfim, apresentando o índice de desnutrição no Brasil de 19% entre os moradores de favelas, ante 5% entre os que vivem em outras áreas urbanas. Outro dado apontado é de que os casos de mortalidade infantil no Brasil melhoraram muito, como consequência de investimento no sistema público de saúde, mas faz um alerta, pois as crianças das favelas ainda correm um risco mais alto de mortalidade do que as crianças que vivem em áreas urbanizadas.<sup>411</sup>

As desigualdades revelam que é urgente a adoção de medidas eficazes para o combate da miséria em nossas cidades, com políticas públicas voltadas à moradia e ao acesso de melhores condições de vida, com trabalho que proporcione salário, a fim de que possam suportar os gastos com a propriedade legalizada.

Diante desse quadro, voltamo-nos para a necessidade de dar um novo enfoque à propriedade, já que ela não é estática e que evolui, de acordo com as necessidades da pessoa humana, no contexto social e econômico e com o grau de complexidade hoje alcançado que deriva do grau de complexidade das relações sociais. Esse contexto impõe o reconhecimento de que a propriedade já não pode ser sustentada, como no período da codificação, o que revela a insuficiência da abordagem jurídica da propriedade que a afasta de seu contexto de natureza social e de suas correlações políticas.<sup>412</sup>

Sobre a matéria, a reportagem escrita por Costa e Gonzatto conclui que a política habitacional implantada em Porto Alegre chega aos 14 anos com rachaduras em suas fundações. Ela foi concebida para transformar vilas irregulares e insalubres em comunidades estruturadas e prósperas. A constatação dos repórteres é de que o modelo foi abalado por uma combinação de venda ilegal, alta inadimplência e superlotação de casas, além do advento de novas favelas. Outra constatação é de que os beneficiados com moradias em conjunto habitacional da prefeitura voltam para áreas irregulares, pois não têm condições de suportar as despesas de pagamento da prestação, ainda que essa seja de reduzido valor, R\$ 40,00, mais as taxas de luz e água. Isso leva a concluir que novas políticas públicas são

---

<sup>411</sup> ONU, op cit. *on-line*.

<sup>412</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Direito urbanístico** – Condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 31.

necessárias para, além de possibilitar a moradia, possibilitem o acesso à profissionalização e ao trabalho.<sup>413</sup>

Na continuidade da reportagem, em 3 de julho de 2006, Costa e Gonzatto, afirmam que “a política habitacional adotada em Porto Alegre não teve fôlego para frear o processo de favelização nos últimos 14 anos.”<sup>414</sup>

O levantamento realizado por Costa e Gonzatto é realizado a partir de dados do IBGE, obtidos pelo Censo de 2000. Conforme esses dados, a criação de áreas urbanizadas para famílias de baixa renda, proporcionada pela administração municipal, não foi capaz de evitar um aumento de 33,6% no percentual de famílias que vivem em vilas insalubres desde 1991, o que representa um contingente de 143 mil pessoas vivendo no limiar da civilização.<sup>415</sup>

A comparação dos números apresentados na reportagem é de que toda a população estimada para 2005, que vive em vilas insalubres, sem fornecimento de energia elétrica, água, saneamento, coleta de lixo e outros benefícios fundamentais garantidos aos cidadãos, corresponde ao número de habitantes de cidades como Sapucaia do Sul ou Uruguaiana, com 134 e 133 mil habitantes, respectivamente.

O retrato urbano fornecido pelo IBGE é revelado por Costa e Gonzatto ao dizerem que, no começo dos anos 90, a população que vivia em “aglomerados subnormais” era de 7,89%. A expressão “aglomerados subnormais” é utilizada para designar conjuntos de pelo menos 51 moradias localizadas em terrenos de propriedade alheia, com densidade e carência de serviços públicos essenciais. A constatação é de que, uma década depois, essa proporção saltou para 10,54%.<sup>416</sup>

Ao revelarem o déficit habitacional no município de Porto Alegre, de 35 mil habitações, sendo 15 mil emergenciais para desocupar áreas de risco como beiras de arroios ou encostas de morros, Costa e Gonzatto divulgam dados oficiais, noticiando que o Município conseguiu conceder moradias a 7,6 mil famílias. No

---

<sup>413</sup> COSTA, José Luís; GONZATTO, Marcelo. Barracos sem fim. **ZERO HORA**, Porto Alegre, 2 jul. 2006. Seção Geral, p. 33-35, p. 33.

<sup>414</sup> COSTA, José Luís; GONZATTO, Marcelo. Barracos sem fim (2). **ZERO HORA**, Porto Alegre, 3 jul. 2006. Seção Geral, p. 28-29, p. 29.

<sup>415</sup> Id. *ibid.* (2), p. 29.

<sup>416</sup> Id. *ibid.* (2), p. 29.

entanto, uma solução em curto prazo não é vislumbrada, tendo, por exemplo, a afirmação do superintendente de Urbanismo e Produção Habitacional do Departamento Municipal de Habitação – Demhab, Carlos Henrique Reis e Silva, de que, desde que começou a construir casas, jamais chegou perto de zerar esse déficit.<sup>417</sup>

Tudo está a demonstrar a necessidade de implantação de novas políticas públicas pelo Estado, a fim de buscar soluções para o déficit de moradias existente nas cidades brasileiras.

### ***3.2 Legislação Vigente no Brasil, a Partir dos Marcos Funcionalistas, Personalista e Constitucionalizados, Tendo em Vista o Contexto Concreto Apresentado pela Dinâmica das Cidades Brasileiras.***

Todas as pessoas têm direito à moradia, e a Constituição Federal Brasileira protege esse direito assim como os Tratados Internacionais de proteção aos direitos humanos. Para esclarecer a origem dos tratados, podemos dizer que resultam da adoção, pelas Nações Unidas, dos pactos internacionais de direitos civis e políticos e de direitos sociais, econômicos e culturais que têm como fundamento a Declaração Universal dos Direitos Humanos. As constituições democráticas modernas reconhecem esses direitos que se constituem a pretensão dos indivíduos ou da coletividade perante o Estado, e que integram a legislação positiva de grande parte dos Estados na atualidade. O que se observa, no entanto, é que a existência de previsão legal não significa a efetivação e concretização desses direitos às pessoas que vivem nos países em desenvolvimento.

A moradia, como direito humano, é encontrada em diversas declarações e tratados internacionais de direitos humanos, e o Estado Brasileiro faz parte dessas declarações e tratados. Na Constituição Brasileira, foi inserido o direito à moradia como um direito social, no art. 6.<sup>º</sup>, através da Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2002.

---

<sup>417</sup> COSTA e GONZATTO, op. cit., p. 29.

Encontrando-se previsto na Constituição Federal o direito à moradia, como um direito social, exige-se a ação positiva do Estado, através da execução de políticas públicas habitacionais. Trata-se de um direito fundamental prestacional e, como ensina Sarlet, os direitos fundamentais sociais prestacionais têm por objeto a prestação do Estado diretamente vinculada à criação de bens materiais, destinação e redistribuição. Tendo esses um forte cunho programático devem ser dotados de eficácia, cabendo, portanto, ao Estado a adoção de medidas que promovam e protejam o direito de morar. Os direitos sociais reclamam um crescimento da posição ativa do Estado no âmbito econômico e social, objetivando à realização da igualdade material, garantindo a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais. Encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes bem como à criação de bens essenciais que não se encontram disponíveis a todos que deles necessitem.<sup>418</sup>

Conforme Saule Jr., os compromissos assumidos pelos Estados e que constam nos tratados e convenções internacionais, por sua força vinculante aos países signatários, acarretam obrigações e responsabilidades aos Estados pela falta de cumprimento das obrigações assumidas.<sup>419</sup>

A Constituição Federal adota, no art. 4.º, II, a prevalência dos direitos humanos nas suas relações internacionais, o que obriga o Estado Brasileiro a adotar políticas públicas de habitação, a fim de garantir o direito à moradia.

Dispõe o art. 5.º, § 2.º, da Constituição Federal que *“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”*. Sobre a matéria, afirma Streck não haver dúvida, acerca da natureza constitucional que assumem os tratados internacionais, de que tratam de direitos humanos fundamentais, pois previsto, de forma explícita, na Constituição Federal. A previsão de que as disposições acerca dos direitos humanos fundamentais não podem se esgotar na dicção da própria Constituição exsurge do texto constitucional. Merece registro textual a afirmação do autor de que *“Os*

---

<sup>418</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006b.

<sup>419</sup> SAULE JR., op cit., p. 151.

*avanços estabelecidos em tratados devem ser incorporados à materialidade constitucional. Mais do que isto, a Constituição recepciona os tratados internacionais, desde que estes não representem retrocesso social”.*<sup>420</sup>

Em interpretação ao artigo 5.º, § 2.º, Sarlet observa que é feita referência apenas aos tratados internacionais, não mencionando as convenções ou outras espécies de regras internacionais. Diz que, em relação aos “tratados internacionais”, existe certa unanimidade no seio da doutrina de que esses englobam diversos tipos de instrumentos internacionais. Os tratados são gênero e significam um acordo internacional, independente de sua designação particular, e as convenções e pactos são espécies.<sup>421</sup>

Como os principais documentos internacionais que afirmam os direitos humanos não se enquadram na categoria jurídica dos tratados e apenas estes estão previstos no art. 5.º, § 2.º da Constituição Federal, o alcance desse dispositivo sofreria grave restrição.

A finalidade do art. 5.º, § 2.º, segundo Sarlet, é de viabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais que não tenham sido expressamente previstos. O objetivo não é restringir, mas ampliar e completar o catálogo dos direitos fundamentais, integrando a ordem constitucional interna com a comunidade internacional. Essa solução corresponde às exigências de uma ordem internacional, cada vez mais marcada pela interdependência entre os Estados e pela superação da tradicional concepção da soberania estatal.<sup>422</sup>

Quanto à recepção das normas de direito internacional na ordem interna e à sua posição hierárquica com relação ao direito nacional, a questão não é pacífica em nosso ordenamento jurídico. Com relação à forma de incorporação dos tratados no direito interno, inexistente preceito expresso na Constituição dispendo de forma favorável à recepção automática. A questão que se coloca diz respeito à possibilidade de se considerar os tratados internacionais relativos a direitos humanos diretamente incorporados ao ordenamento constitucional, independentemente de qualquer procedimento legislativo formal. No entanto, a

<sup>420</sup> STRECK, op. cit. 2002, p. 556-557.

<sup>421</sup> SARLET, op. cit. 2006b, p. 139.

<sup>422</sup> Id. *ibid.*, p. 140.

própria ordem internacional tem observado a necessidade de esgotamento dos recursos de direito interno nos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, o que, afirma Leal, “[...] evidencia o caráter subsidiário dos procedimentos internacionais e a função primordial e de responsabilidade primária dos órgãos internos dos Estados-Partes.”<sup>423</sup>

O art. 5.º, § 2.º, da Constituição Federal consagra os direitos fundamentais reconhecidos no texto constitucional, e também inclui os oriundos dos tratados internacionais, não fazendo qualquer referência expressa à forma de sua recepção. Destaca-se também que o texto constitucional se refere expressamente aos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte, o que revela a necessidade de uma adesão formal ao tratado para que possa ser enquadrado na hipótese prevista no art. 5.º, § 2.º da Constituição Federal. Essa é a posição da doutrina que condiciona a recepção à ratificação do tratado.<sup>424</sup>

Quanto à posição hierárquica das normas internacionais no ordenamento interno, a posição dominante na literatura é de que nossa Constituição se impõe ao direito internacional. No entanto, quanto à posição hierárquica do direito internacional com relação ao direito infraconstitucional interno, a doutrina encontra-se dividida. Alguns sustentam a supremacia do direito internacional, outros consagram a teoria da paridade entre normas internacionais e a legislação interna.<sup>425</sup>

Pela análise acima, percebemos que o Estado Brasileiro deve cumprir os compromissos assumidos nos tratados internacionais de que fez parte, com necessidade de adesão formal a esses, para que possa a exigência de cumprimento estar enquadrada na previsão do art. 5.º, § 2.º da Constituição Federal.

Adverte Saule Jr. que a obrigatoriedade de adoção de políticas públicas de habitação, a fim de garantir o direito à moradia, advém da aprovação do texto do Pacto Internacional pelo Congresso Nacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, através do Decreto Legislativo n. 226 de 1991, assim como a Presidência

---

<sup>423</sup> LEAL, op. cit. 2002, p. 213.

<sup>424</sup> SARLET, op. cit. 2006b, p. 142.

<sup>425</sup> Id. ibid., p. 144.

da República também o fez por meio do Decreto n. 591 de 1992, afirmando que o Pacto será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.<sup>426</sup>

Já analisamos que o texto constitucional se refere aos tratados internacionais, mas que a finalidade é de viabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais que não tenham sido expressamente previstos, ampliando e não restringindo.

Assim, cabe ao Estado Brasileiro promover programas e ações que possibilitem o acesso à moradia digna às pessoas de baixa renda, através de políticas voltadas à erradicação da pobreza, diminuição das desigualdades e à promoção da justiça social.

A pretensão é de promoção de uma política urbana e de inclusão social e territorial da população, com o objetivo de regularização fundiária e de urbanização dos assentamentos de baixa renda.

Cabe ao poder público a promoção de políticas públicas, adotando por princípio a função social da cidade e da propriedade. A exigência aos governantes é de que se dêem condições dignas a todas as pessoas, para que possam exercer seus direitos de cidadania e os direitos humanos.

No que se refere à legalização urbana, podemos dizer que ela vem ocorrendo no Brasil a partir de 1990, tendo por base a Constituição Federal de 1988 que reconheceu o direito à moradia como um direito fundamental. Para regularização dos assentamentos precários foi instituído o usucapião urbano e a concessão especial de uso para fins de moradia, previstos no art. 183. A regulamentação foi dada pela lei federal de desenvolvimento urbano denominada de Estatuto da Cidade e pela Medida Provisória n. 2.220 de 2001.

Para fins de cumprimento da função social da propriedade, a Constituição Federal adota os seguintes instrumentos: a lei federal de desenvolvimento urbano, o plano diretor, o parcelamento e a edificação compulsórios, o imposto sobre a propriedade imobiliária urbana progressivo no tempo e a desapropriação com títulos da dívida.

---

<sup>426</sup> Saule Jr., op. cit., p. 151.

Cumpra registrar que o direito à moradia já se encontrava previsto na Constituição Federal, no art. 7.º, IV, mesmo antes de sua inserção no art. 6.º, através da Emenda n. 26, de 2002. O art. 7.º, IV, ao definir o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, incluiu entre essas o direito à moradia. Destacada como uma das necessidades vitais da pessoa humana e como condição de vida digna, encontra-se ao lado de uma das necessidades mais elementares do direito à vida que é o alimento. Dentro do contexto da cidade, é a posse de um espaço para a concretização da moradia que serve para dar efeito concreto à função social da propriedade.<sup>427</sup>

Quanto ao conteúdo, pode-se dizer que o direito à moradia não se confunde com a propriedade, ainda que essa possa servir de moradia a seu titular. A moradia, como manifestação da posse, por expressa previsão constitucional e, em determinadas circunstâncias, serve como pressuposto para a aquisição da propriedade, como no usucapião constitucional, e como elemento indicativo do cumprimento da função social da propriedade. Há uma vinculação entre o direito de moradia e a dignidade da pessoa humana, o que leva a exigir que os direitos mínimos sejam reconhecidos como parâmetros internacionais no que se refere aos direitos sociais, econômicos e culturais que atuam como elementos materiais que servem para direcionar os órgãos estatais de cada país.<sup>428</sup>

A Comissão da ONU, específica para tratar da matéria, estabelece a segurança jurídica para a posse e a disponibilidade de uma infra-estrutura básica entre seus critérios ao direito de morar, a fim de garantir condições saudáveis de habitação, acesso a outros serviços sociais essenciais e o respeito à identidade e diversidade cultural da população.<sup>429</sup>

É o direito à moradia direito fundamental social complexo, pois abrange, tanto posições jurídicas objetivas como subjetivas, assumindo posição defensiva e prestacional. Como direito de defesa negativo, encontra-se a moradia protegida

---

<sup>427</sup> ALFONSIN, Jacques Távora. Breves apontamentos sobre a função social da propriedade e da posse urbana à luz do novo estatuto da cidade. In: OSÓRIO, Leticia Marques (Org.). **Estatuto da cidade e reforma urbana**: Novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 67.

<sup>428</sup> SARLET, op. cit. 2006b, p. 348.

<sup>429</sup> Id. *ibid.*, p. 348.

contra a violação do Estado e dos particulares, no sentido de um direito da pessoa de não ser privada de uma moradia digna. Em sua dimensão defensiva, o direito à moradia não poderá ser considerado um direito absoluto, pois está sempre sujeito ao conflito com direitos igualmente existenciais. Como direito a prestações, são múltiplas as possibilidades, pois o direito à efetivação do direito à moradia depende tanto de medidas de ordem normativa como de prestações materiais, quanto da concessão de financiamentos a juros subsidiados para aquisição de moradias, quanto do fornecimento de material para a construção de moradia própria, entre outros. Tudo serve para demonstrar que o direito à moradia tem seu lugar de destaque entre os direitos ligados ao mínimo existencial para uma vida digna.<sup>430</sup>

---

<sup>430</sup> SARLET, op. cit. 2006b, p. 349.

## **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No repensar o direito de propriedade, partindo de uma visão histórica e doutrinária, com ênfase no período medieval, fomos levados a concluir que não existe apenas uma, mas diversas propriedades, porém não deixando de estar presente a individualidade nesse contexto plural, pois, no centro desse universo proprietário, encontra-se a pessoa humana com sua autonomia e dignidade a exigir a satisfação de suas necessidades fundamentais, entre essas, a moradia.

Nessa evolução do conceito de propriedade pudemos constatar que se operaram transformações na sociedade moderna que levaram a repensar o direito proprietário, através da repersonalização que possibilitou a mudança de mentalidade individual para a coletiva, com a exigência de tutela dos interesses sociais fundamentais pelo Estado. Atualmente podemos dizer que o direito privado contempla normas de ordem pública, preceitos de interesse geral, e os institutos do direito privado possuem relevantes interesses sociais. Assim, a noção de ordem pública está presente em todo o ordenamento jurídico. A propriedade privada deixou de configurar um direito subjetivo, individual, para constituir uma situação complexa em que se encontram presentes deveres e obrigações de caráter social. É a partir da propriedade que se exterioriza a função social, possibilitando uma concepção aberta da propriedade.

A visão propiciada pela abordagem do renascimento do direito natural levou à conclusão de que uma regulamentação positiva injusta da conduta humana não tem qualquer validade e não é direito em sentido estrito, devendo-se entender por direito

apenas uma ordem jurídica válida. Transforma o Direito Natural a compreensão teórica do fenômeno jurídico que remete a uma concepção de justiça, ao submeter o fundamento da validade das normas em vigor.

O estado de natureza é apresentado por Hobbes como um estado de guerra, de opressão e de miséria. Revela-nos como os indivíduos comportar-se-iam, se não houvesse uma autoridade para obrigá-los ao cumprimento da lei ou do contrato. Os homens vivem, nesse estado, em condição de guerra. Como alternativa para a conservação do homem, leva-o à busca de um tipo de organização que o coloque ao abrigo da violência arbitrária e súbita. O único caminho a seguir é o da razão que leva os homens à instituição do Estado. Os homens, mutuamente, transferem seus direitos, através de um contrato, na busca de segurança e paz. Essa é a passagem do estado de natureza para a sociedade civil apresentada por Hobbes.

Em Locke, é destacada a propriedade privada como um dos próprios fundamentos da existência do Estado. Para Locke, o estado de natureza é uma situação de liberdade e igualdade que leva o homem a regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo que entenderem, tendo como limites a lei da natureza. Quanto à igualdade, não há subordinação de um indivíduo ao outro, todos são igualmente soberanos. Como inexistente subordinação, o indivíduo ferido faz justiça por si mesmo, não havendo imparcialidade. Para Locke, o inconveniente do estado de natureza é a falta de um juiz. Surge daí a necessidade de ingresso em uma sociedade política. Conclui-se que o homem abdica de sua liberdade, ao unir-se em sociedade política e submeter-se a um governo, porque busca a conservação de sua vida e a segurança de sua propriedade. Reúnem-se os homens em sociedade para evitar as inconveniências que perturbam sua propriedade no estado de natureza.

A propriedade é apresentada por Locke em dois sentidos: (1.<sup>o</sup>) Os homens têm a propriedade em si mesmos e, por natureza, têm um poder de preservar a sua vida, a sua liberdade e a sua riqueza; (2.<sup>o</sup>) Usa a propriedade em sentido mais comum, ao referir-se à propriedade de terras e bens como sendo direito dos homens. A propriedade vem acompanhada de alguns limites que são inerentes a seu fundamento: é preciso deixar bastante e tão bom para os outros; nada do que é apropriado pode ser desperdiçado; a quantidade de bens apropriados depende do que uma pessoa possa obter com seu trabalho.

Na concepção de Locke sobre a propriedade, encontramos o direito à conservação da vida pelo homem e ao trabalho como propriedade sua que fundamenta a apropriação individual dos produtos da terra e que, na sua origem, foram dados em comum à humanidade. Assim, pode o homem apropriar-se dos bens por seu trabalho; não pode desperdiçar ou destruir, sendo admitida a troca do excesso das provisões; a propriedade, adquirida por apropriação legítima, é limitada pela quantidade que uma pessoa possa obter pelo trabalho, não havendo exigência de que seja unicamente por seu trabalho; permite a troca de bens perecíveis por ouro e prata, possibilitando o acúmulo de valor sem desperdício ou perda; com o dinheiro, o homem amplia a propriedade que vai além da apropriação pelo trabalho, permitindo o desenvolvimento de uma economia mercantil; admite a venda do trabalho pelo homem e a propriedade ilimitada.

O estado civil é determinado por Kant pelos três princípios *a priori* de liberdade, igualdade e independência. Desqualifica a existência de propriedade pela justificação feudal por conquista militar e de aquisição pelo trabalho. Não considera a posse como relação de uma pessoa com objetos, optando por focalizar a posse como relação de uma pessoa com pessoas. A propriedade por aquisição é estabelecida à primeira pessoa que se apropriou do bem, como propriedade originária, sendo que todos os outros indivíduos devem respeitar essa aquisição. Faz distinção entre a posse sensível e inteligível, dizendo que a primeira é a posse física, empírica ou *possessio phaenomenon*, e a posse inteligível é a posse jurídica ou *possessio noumenon* que resolve a contradição. A conclusão a que se chega é de que, pelo postulado da razão prática, é possível ter um objeto exterior como meu, e os outros podem ter algo como seu. O fundamental da apropriação para Kant, não é a mistura do trabalho como objeto, mas aquela que se funda por um ato de vontade. A transformação do objeto é expressão do arbítrio, fundando-se a apropriação na liberdade. Outra diferença apontada, é de que a noção kantiana adquire função de crítica social, estando vinculada à apropriação, não apenas no passado, como em Locke, mas também no presente.

A partir da análise da obra de Grossi foi possível abordar a problemática da propriedade singular e plural, que nos levou a concluir que não existe apenas uma propriedade, mas diversas propriedades que, no entanto, não conseguem se

desvincular do caráter individual. É a partir do título “La Propriedad e Las Propriedades” que o autor faz a análise da problemática do tema, buscando na história da propriedade e, em especial, no Alto-Medievo as diversas formas de propriedade que evoluem dos diversos estatutos de bens, recuperando fatos naturais e econômicos, para edificar uma pluralidade de propriedade.

Nessa evolução histórica da propriedade, constatamos que as realidades vivíssimas do período medieval, com suas diversas formas de propriedade, permanecem ainda hoje, ao lado da propriedade individual. É, a partir da construção medieval da propriedade, com a reconstrução de situações reais e com a investigação dos termos *propietas* e *dominium* que se caracteriza a civilização possessória e o reino da efetividade em substituição ao da validez. Integram-se ao jurídico as situações fáticas que se consolidam com a aparência, o exercício e o gozo, como base de uma mentalidade “possessória”.

Demonstramos que se inquieta o jurista, pois envolvido em questões de valores, vai à procura das diversas fontes para buscar compor a idéia de propriedade. Para tanto, utiliza-se de dados jurídicos; opções técnicas, ligadas à economia; elementos da história agrária e cadastral. Para o entendimento das várias formas de propriedade, faz uso de todas as fontes, compondo um quadro plural de propriedade. É essa pluralidade que revela a descontinuidade na história da propriedade, mostrando também que, apesar da existência de experiências jurídicas diversas, permanece a idéia de propriedade individualista. É dentro da pluralidade de propriedades que se instala a individualidade da propriedade.

Com uma mudança de mentalidade, com a abertura para uma nova compreensão e utilização de modelos culturais, permanecem os velhos preceitos, porém surge uma realidade contraditória. Como elemento novo, retoma o *dominium* para compor a ordem jurídica das coisas, e destaca-se o *dominium utile* para consolidar a propriedade plural.

É da diversidade de soluções proprietárias da Idade Média que surge a propriedade moderna, com traço que tipifica como nova propriedade, pois marcada pela subjetividade. Pretendemos, com essa contribuição para o estudo da

propriedade, buscar as origens e as diversas fontes, para melhor entender a propriedade e as propriedades, como nos sugere Grossi.

Em Rodotá, constatamos que a propriedade volta lentamente a colocar-se no centro da atenção das discussões e das análises políticas, jurídicas e econômicas, o que decorre do período do pós-guerra, com uma necessidade de reconstruir. Não há somente um redescobrimto do tema da propriedade na renovação do pensamento socialista a respeito da transferência dos meios de produção a sujeitos públicos ou coletivos, mas um reinício da política neoliberal, agitando-se as bandeiras de “todos proprietários”. Surgem novos interesses e situações cada vez mais difíceis de reduzir à ordem proprietária.

Prega Rodotá que são as técnicas da propriedade que resolvem o problema dos recursos escassos, no lugar das atribuições do direito, à sua utilização por alguns sujeitos com exclusão dos demais. A falta de recursos faz com que uma grande maioria de cidadãos se desloque da propriedade à ocupação. Destaca a deterioração progressiva do modelo clássico de propriedade e o enriquecimento da possibilidade de utilização das técnicas dominicais em direção antes impensáveis. Propõe tentativas diversas de redefinição do direito de propriedade, mostrando a necessidade de se voltar a colocar em lugar de honra os atributos clássicos do direito de propriedade, para afastar a exclusão, transformando o discurso para acessibilidade. Enfatiza a necessidade de reconstrução residual ou mínima da noção de propriedade, a fim de assegurar ao indivíduo a satisfação de algumas prestações sociais. Coloca no centro da reconstrução uma noção “inclusiva” e não “exclusiva” de propriedade. Vê a propriedade em sua versão mais ampla, ligada substancialmente a uma área que se identifica através das necessidades essenciais do indivíduo. Ao tratar do momento coletivo, diz que se impõe uma revisão mais ampla da extensão dos limites das tradicionais áreas públicas e privadas. Chama a atenção para a necessidade de fixação das áreas e dos recursos cuja utilização devem corresponder aos valores coletivos privilegiados. Quanto ao conceito, também destaca que não há apenas um conceito de propriedade, mas uma multiplicidade de estatutos. Prega o abandono da noção unitária e formal de propriedade; a decomposição em multiplicidade de estatutos e as diferentes

categorias de bens; a recomposição do nexo entre expectativas econômicas e tutela dominical.

Como um fechamento às questões propostas, procedemos à abordagem sobre os problemas urbanos de moradia no Brasil, com enfoque personalista da propriedade em busca de conscientização e solução para os problemas de moradia, a fim de assegurar a todas as pessoas o direito de ter um lugar adequado e digno para viver.

A problemática continua em aberto, pois muito há que ser feito para solucionar o problema da moradia no Brasil e para assegurar o direito de todos os cidadãos de serem proprietários.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio. In: COSTA, Judith Martins. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora da Revista dos Tribunais, 2002.

ARONNE, Ricardo. **Direito civil-constitucional e teoria do caos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BEDIN, GILMAR ANTONIO. Direito natural. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de Sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. (Nota prévia). 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. v. 1.

CAYGILL, Howard. **Dicionário KANT**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

CHEMERIS, Ivan. **A função social da propriedade**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder Comparato. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSTITUIÇÃO Pastoral do Concílio Vaticano II. **Sobre a Igreja no mundo de hoje**. 2. ed. São Paulo: Paulinas, 1966.

COSTA, Dilvanir José. Direito Real. **Revista dos Tribunais**. v. 782, a. 89, p. 727-736, dez. 2000.

COSTA, José Luís; GONZATTO, Marcelo. Barracos sem fim (2). **ZERO HORA**, Porto Alegre, 3 jul. 2006. Seção Geral, p. 28-29.

\_\_\_\_\_. Barracos sem fim. **ZERO HORA**, Porto Alegre, 2 jul. 2006. Seção Geral, p. 33-35.

COSTA, Judith Martins. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

DUGUIT, León. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón**. Tradução de Carlos G. Posada. Madri/Espanha: Francisco Beltrán, 1912.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FERRAZ, Flávio Carvalho. A questão da autonomia e a Bioética. **Revista de Bioética e Ética Médica**, Conselho Federal de Medicina, v. 9, n. 1, p. 78-79, 2001.

FERRO, Marcelo Roberto. A propriedade privada no código Napoleão. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, a. 18, n. 70, p. 50, out./dez.1994.

FINZI, Enrico. Il Possesso dei Diritti. In: SALVATORE, Romano. **L'ordinamento giuridico**. Milano: A. Giuffrè, 1961. p. 3-11.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. (Org.) **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Um estudo sobre a relação entre o Estado e a propriedade privada a partir de John Locke. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Secretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, a. 37, n. 148, p. 187, out./dez. 2000.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

GIORDANI, José Acir Lessa. Propriedade imóvel: Seu conceito, sua garantia e sua função social na ordem constitucional. **Revista dos Tribunais**, a. 80, v. 669, p. 47-56, jul. 1991.

GOMES, Orlando. Significado da evolução contemporânea do direito de propriedade. **Revista dos Tribunais**, v. 757, a. 87, p. 717-718, nov.1998.

GONZAGA, Tomás Antônio. **Tratado de direito natural**. Organização e apresentação de Keila Grinberg. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GRAU, Eros Roberto. Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.) **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

\_\_\_\_\_. **La propiedad y las propiedades**: Un análisis histórico. Espanha: Civitas, 1992.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Ijuí-RS: Unijuí. 2005. v. 1 e 2.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994. v. 1.

HECK, José N. Estado e propriedade na doutrina do direito de Kant. **Revista Veritas**. Porto Alegre, v. 43, n. 1, p. 169-179, mar. 1998.

HOBBS, Thomas. **De cive**. Petrópolis: Vozes, 1993.

\_\_\_\_\_. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006. Série Ouro.

JHERING, Rudolf Von. **O espírito do direito romano**. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

JUNGES, José Roque. O respeito à dignidade humana como fundamento de todo humanismo. In: OSOWSKI, Cecília (Org). **Teologia e humanismo social cristão**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro. 2003.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direito urbanístico** – Condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e direito**. 3. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. **Direitos sociais e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC2004. t. 4.

- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MACPHERSON, C.B. **A teoria política do individualismo possessivo – de Hobbes a Locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- MAINE, Henry S. **Ancient law**. London: J.M. Dente & Sons, 1954.
- MATTOS, Liana Portilho. **A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2003.
- MOURA, S.J., P.<sup>o</sup> Laércio Dias de. **A dignidade da pessoa e os direitos humanos**. São Paulo: Editora da PUC, 2002.
- OLIVEIRA, Neiva Afonso. **Propriedade e democracia liberal**. Um estudo estribado em Crawford Brough Macpherson. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. Coleção Filosofia-185.
- ONU: **O Brasil terá 55 milhões vivendo em favelas até 2020**, publicado no Jornal O Estado de São Paulo, em 16 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=1273>>. Acesso em: 26 jun. 2006.
- OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). **Estatuto da cidade e reforma urbana: Novas perspectivas para as cidades brasileiras**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.
- PERLIGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **A propriedade privada no direito romano**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- RIBEIRO, Darci. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Espanha: Librería Bosch, S.L., 2004.
- RIBEIRO, Maurício Antonio Ribeiro. A dignidade da pessoa humana: estudo de um caso. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 758, p. 106-117, dez. 1998.
- RODOTÁ, Stefan. **El terrible derecho**. Madri: Editorial Civitas, 1986.
- ROSENFELD, Denis L. Introdução à obra DE CIVI. In: HOBBS, Thomas. **De civi**, Petrópolis: Vozes, 1993.
- SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **O novo código civil e a constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006b.

SARLET, Ingo Wolfgang.(Org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) **Crise e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAULE JR., Néelson. Direitos humanos à moradia adequada e à terra urbana. In: PLATAFORMA BRASILEIRA de direitos humanos, econômicos, sociais e culturais. **Relatório Brasileiro 2003**, Recife: Edição Bagaço, 2003.

SAVIGNY, M.F.C. de. **Sistema del derecho romano actual**. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878.

SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **Dimensões da dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SÈVE, Lucien. **Para uma crítica da razão bioética**. Lisboa: Instituto Piaget Divisão Editorial, 1994.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. John Locke. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

\_\_\_\_\_. Pessoa Humana e Boa-Fé nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da *ipseidade*. In: **Anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUTO, Cláudio. **Ciência e ética no direito**: Uma alternativa de modernidade. Porto Alegre: SAFE, 1992.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma visão crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso** – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

TERRA, Ricardo Ribeiro. A doutrina kantiana da propriedade. **Discurso 14**. Revista do Departamento de Filosofia da FFLCH da USP. São Paulo, v. 14, p. 113-157, 1983.

VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VILLANOVA, Marcelo Gross. HOBBS, Thomas, 1588-1679. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.) **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo**. Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

VITA, Caio Druso de Castro Penalva. GRÓCIO, Hugo, 1583-1645. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.) **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.