

O Direito Subjetivo de Propriedade em Face da Coexistência Humana

Frederico Bonaldo¹

Resumo:

Este trabalho identifica alguns problemas conceituais do direito subjetivo de propriedade e pretende apontar rumos antropológico-filosóficos para a solução dos mesmos. Os problemas detectados mostram a incompatibilidade da propriedade como direito subjetivo em relação à vida humana em sociedade e a alternativa proposta baseia-se nas exigências básicas deste modo de vida.

Palavras-chave: direito subjetivo de propriedade – coexistência humana – abordagem antropológica dual.

Abstract: This paper identifies some conceptual difficulties of the subjective right of property and intends to point out anthropological-philosophical routes to the solution for the same. The detected difficulties show the incompatibility between the property as a subjective right and the human life in society, and the proposed alternative is based on the basic requirements of this way of life.

Keywords: subjective right of property – human coexistence – dual anthropological approach.

¹ Doutorando em Direito pela PUC-SP e Mestre em Direito pela UERJ.

Introdução

A propriedade conceituada como direito subjetivo apresenta problemas teóricos e práticos relevantes. Estes podem ser sintetizados do seguinte modo: por um lado, o direito subjetivo de propriedade possui uma elaboração técnica constituída na modernidade que não condiz com a realidade e as necessidades mais imperiosas da vida em sociedade e, por outro, os princípios jurídicos que se formulam contemporaneamente para atenuar a sua índole individualista mostram-se intrinsecamente incongruentes com a essência mesma dessa elaboração técnica, que continua vigente.

Por isto, este trabalho visa submeter a noção de direito subjetivo de propriedade a uma abordagem antropológica dual, isto é, que concebe o indivíduo humano, a um só tempo, como uma existência irreduzivelmente individual e necessariamente coordenada com os demais seres humanos, a fim de extrair daí indicações para uma nova conceituação do direito de propriedade que seja congruente com a vida associada e suas exigências básicas.

Para o referido escopo, seguir-se-á este itinerário: (i) apresentar as características principais da conceituação moderna do direito subjetivo de propriedade; (ii) expor as transformações operadas sobre este conceito pelas suas formulações contemporâneas; (iii) mostrar por que o conceito moderno da propriedade como direito subjetivo permanece presente nestas formulações; e (iv) apontar o modo como uma antropologia da coexistência humana pode contribuir para a reformulação do conceito do direito de propriedade.

I. Aspectos centrais da doutrina moderna sobre o direito subjetivo de propriedade

A seguir, expõe-se a conceituação do direito subjetivo de propriedade mais veiculada na doutrina jurídica.

a) Definições correntes do direito subjetivo

As definições mais célebres de direito subjetivo foram elaboradas por juristas europeus do século XIX. Sempre que se queira comentar o assunto é preciso fazer menção a elas.

Basicamente, são “consideradas doutrinas clássicas a respeito do direito subjetivo as que o baseiam no poder da vontade – dos chamados pandectistas, Windscheid, sobretudo – ou no interesse, solução crítica proposta por Rudolf Von Jhering”.¹

Bernhard Windscheid legou à ciência do direito a seguinte definição: “O direito subjetivo é um poder ou domínio de vontade conferido pelo ordenamento jurídico’. Sua teoria chama-se por isto, ‘teoria da vontade’ (*Willenstheorie*)”.²

Ao criticar o abstracionismo da definição anterior, Jhering situou o cerne do conceito de direito subjetivo no interesse vivo e concreto possuído por indivíduos vivos e concretos, que perseguem metas vitais a ser atingidas a partir de circunstâncias precisas: “Os direitos não existem de nenhum modo para realizar a ideia da vontade jurídica abstrata; servem, pelo contrário, para garantir os interesses da vida, ajudar as suas necessidades e realizar seus fins”.³

Após estes dois esforços conceituais, pôde-se verificar, no decorrer do século XX, uma adesão praticamente generalizada por parte da doutrina jurídica à ideia de que os elementos substanciais do direito subjetivo consistem na vontade e no interesse. Como atesta Alessandro Groppali:

A doutrina estagnou, pode dizer-se, nessas posições, e os esforços feitos para tentar dar-lhe um rumo novo têm sido vãos; de facto, definir o direito subjetivo como ‘uma faculdade de agir em ordem à satisfação de um interesse próprio’ [...] ou como ‘uma possibilidade jurídica de assumir um comportamento determinado pela norma’, é sempre dar uma definição que não se afasta da comumente aceite a não ser nas palavras, porque substancialmente se concorda em admitir que a vontade e o interesse constituem os elementos do direito subjectivo⁴.

Além da individuação dos elementos substanciais da ideia de direito subjetivo, a doutrina jurídica também se empenhou em estabelecer as relações entre o direito subjetivo e o denominado direito objetivo. Em linhas muito amplas, a relação entre ambos pode ser resumida no seguinte entendimento: o direito objetivo é o direito positivado, a norma de ação (*norma agendi*) genérica que concede aos indivíduos a ela submetidos faculdades de agir, direitos subjetivos (*facultas agendi*). Uma vez atribuída a um sujeito, a sua faculdade de agir

irá de encontro, no plano prático-relacional, à situação de um outro sujeito. À circunstância deste último sujeito a teoria do direito atribui a noção de *dever jurídico*, que, juntamente com o direito subjetivo, compõe uma *relação jurídica*. Esta relação se origina de um *fato jurídico*, isto é, um fato natural ou uma ação humana produtora de efeitos no âmbito social. Paulo Nader reúne todos estes conceitos e os inter-relaciona de maneira esclarecedora:

Determinado estatuto legal pode ser estudado enquanto Direito Objetivo, condição em que o jurista investiga a finalidade, princípios norteadores e mandamentos da fonte normativa. Direito subjetivo e dever jurídico figuram sempre em face de alguém e dentro de uma relação. Um não existe sem o outro. São correspectivos. O direito de um titular é o reverso do conteúdo do dever jurídico de outrem. Aquele é o sujeito ativo da relação jurídica, enquanto que este é o sujeito passivo. Em sentido amplo o fato gerador da relação jurídica se denomina *fato jurídico*. Este se consubstancia em acontecimento da vida social ou do mundo natural previsto ou regulado pelo ordenamento jurídico. É sempre um acontecimento relevante do ponto de vista humano, pois o Direito se ocupa exclusivamente de fatos ou situações que dizem respeito aos interesses principais dos seres dotados de razão: *vida, honra, liberdade, patrimônio*, entre outros ⁵.

Assentados estes conceitos fundamentais, a teoria geral do direito passou, então, a dividir os direitos subjetivos: absolutos e relativos (quanto à eficácia); públicos e privados (quanto à qualidade do preceito de direito objetivo); patrimoniais e extrapatrimoniais (conforme sejam suscetíveis ou não de apreciação pecuniária) etc. Nesta última divisão, ocorre uma subdivisão: por um lado, os direitos expatrimoniais abrangem os direitos de personalidade e os direitos de família e, por outro, os direitos patrimoniais subdividem-se em reais e pessoais.

Quanto ao segundo par da referida subdivisão, Orlando Gomes assinala:

A divisão dos direitos patrimoniais em *reais* e *pessoais* permanece como dado fundamental da morfologia do direito privado, apesar das dificuldades que se apresentam quando se tenta conceituá-los e traçar a linha divisória entre uns e outros. [...] Predomina a distinção baseada no *modo de exercício do direito*. O direito real se exerce numa coisa, sem intervenção de outra pessoa. O direito pessoal, por intermédio de outra pessoa, a quem incumbe satisfazer determinada prestação, positiva ou negativa [...]. Um é *jus in re*, o outro *jus ad rem* ⁶.

Entre os direitos reais, encontraremos, em primeiro lugar, o direito subjetivo de propriedade. Se, para a teoria jurídica moderna, o binômio direito real-direito pessoal constitui o pilar de sustentação da teoria geral do direito privado, veremos que o direito

subjetivo de propriedade – ao lado do direito subjetivo de crédito (direito pessoal) – é o eixo desse pilar.

b) A noção básica de direito subjetivo de propriedade

Com efeito, para a maior parte dos autores de direito civil, o direito subjetivo de propriedade é “o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência, é o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas. Dele pode dizer-se [...] ser a pedra fundamental de todo o direito privado”⁷.

Também denominado “domínio”, o direito subjetivo de propriedade – uma vez atribuído a uma pessoa determinada – faculta ao seu titular um poder ou liberdade de ação sobre uma coisa (*res*) concreta, à qual se opõe um dever jurídico geral – atribuído à totalidade das pessoas que não são titulares daquele direito subjetivo –, consistente na proibição de ingerir-se na prática daquela liberdade. Como explica Sílvio Rodrigues:

Todo direito subjetivo representa um vínculo jurídico. Assim, o domínio. O liame que se estabelece entre o proprietário e a coisa que se encontra em seu domínio vincula, de um certo modo, todas as pessoas do universo, que estão presas a uma obrigação passiva de não turbar o exercício do direito pelo seu titular⁸.

Desse modo, a conceituação que muitos civilistas dão do direito subjetivo de propriedade não difere, em termos essenciais, da oferecida por Caio Mário da Silva Pereira:

Fixando a noção em termos analíticos, e mais sucintos, dizemos, como tantos outros, que a propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha⁹.

A noção técnica de direito subjetivo de propriedade é, portanto, tradicionalmente composta por três atributos vantajosos para o seu titular em relação à coisa (o uso, o gozo e a disposição) e no direito deste titular de perseguir a coisa – tirada injustamente de seu domínio – onde quer que ela se encontre e com quem quer que ela se encontre.

Como ocorre, no plano prático, o fato de o proprietário deixar de deter as vantagens inerentes sobre a coisa – com exceção da disposição, pois, caso contrário, não seria

mais ele o titular do direito subjetivo de propriedade –, a doutrina jurídica moderna viu-se impelida a adjetivar o direito de propriedade como *pleno* ou *limitado*:

Podem estes atributos reunir-se numa só pessoa, e tem-se neste caso a propriedade em toda a sua plenitude, propriedade plena, ou simplesmente a propriedade ou propriedade sem qualificativos: *plena in re potestas*. Mas pode ocorrer o desmembramento, transferindo-se a outrem uma das faculdades, como na constituição do direito real de usufruto, ou de uso, ou de habitação, em que o *dominus* não deixa de o ser (*domínio eminente*), embora a utilização ou fruição da coisa passe ao conteúdo patrimonial de outra pessoa (*domínio útil*). Pode, ainda, perder o proprietário a disposição da coisa, como na *inalienabilidade* por força de lei ou decorrente da vontade. Em tais hipóteses, diz-se que a propriedade é menos plena, ou *limitada* ¹⁰.

Apesar das limitações que pode sofrer, o direito subjetivo de propriedade é concebido pela teoria moderna do direito como *naturalmente pleno e exclusivo*:

O direito de propriedade é em si mesmo *uno*, tornamos a dizer. A condição normal da propriedade é a plenitude. A limitação, como toda restrição ao gozo ou exercício dos direitos, é excepcional. A propriedade, como expressão da senhoria sobre a coisa, é excludente de outra senhoria sobre a mesma coisa, é *exclusiva: plures eandem rem in solidum possidere non possunt*. Só acidentalmente vige a co-propriedade ou condomínio [...]. Por tudo isto, e por ser da natureza embora não da essência que a propriedade se ostente livre de restrições e de co-participação jurídica, *presume-se plena e exclusiva*. Trata-se de uma presunção *juris tantum*, que vige até ser dada prova em contrário, por parte de quem tenha interesse na existência da limitação, ou do ônus, ou do condomínio. Enquanto não é dada tal prova, traduz o *jus excludendi omnes alios* ¹¹.

Esse poder de uma pessoa sobre uma coisa – o direito subjetivo de propriedade – deverá recair, como é óbvio, sobre um objeto. O sistema jurídico moderno não oferece uma lição pacífica acerca do tipo de objeto sobre o qual deve incidir o poder de uma pessoa, de modo que uma relação assim possa ser denominada direito subjetivo de propriedade.

Na problemática conceitual da propriedade não se pode omitir uma palavra sobre o seu *objeto*. Pode-se dizer que, em tese, todos os bens são apropriáveis, ou que o homem, como sujeito da relação jurídica, tem a faculdade de dominação sobre todas as coisas dentro dos limites e com as restrições instituídas em lei. A assertiva não é porém tranqüila. Ao revés, sofre contradita séria. Deixando de lado os regimes políticos que retiram de apropriação os bens de produção, ou que somente toleram uma espécie de propriedade usufrutuária sobre as utilidades imediatas, encaramos a questão no plano da pura doutrina civilista. Em oposição à concepção universitária de Gierke, para quem os bens incorpóreos e os direitos, tanto quanto as coisas

corpóreas, podem ser objeto do direito de propriedade, Martin Wolff restringe às coisas corpóreas, sejam móveis, sejam imóveis, a aptidão para serem objeto do domínio¹².

Observa-se que, no fim das contas, a questão do objeto do domínio dependerá das particularidades de cada sistema doutrinário de direito. No que diz respeito ao brasileiro, afirma Caio Mário da Silva Pereira:

Dentro de nosso sistema não vemos lugar para a controvérsia. O que ocorre é mera questão de terminologia, como observam Ruggiero e Maroi, ao dizerem que se a rigor, a propriedade compreende apenas as coisas corpóreas, estende-se, entretanto o conceito dominial aos direitos. A linguagem corrente, não apenas popular ou literária, mas igualmente a jurídica, não sofre pelo fato de se levar a noção do direito de propriedade aos bens incorpóreos. Tudo isto levou Serpa Lopes a qualificar de elástico o conceito de propriedade¹³.

Visto isto, é importante frisar que, para os fins deste trabalho, o direito subjetivo de propriedade – tal como todo e qualquer direito subjetivo – exprime-se, substancialmente, como um *poder individual*.

Também importa ressaltar que, em termos técnicos, a doutrina jurídica moderna considera a propriedade, num primeiro momento, como atribuição operada em favor de um *único sujeito*, de modo a classificá-la como naturalmente plena e exclusiva.

II. Breve análise das transformações do direito subjetivo de propriedade nas suas definições contemporâneas

a) Autores brasileiros e estrangeiros

A noção da teoria jurídica moderna sobre a propriedade não demorou para ser alvo de críticas lançadas pela própria doutrina jurídica, pela legislação e pela jurisprudência de muitos países ao longo do século XX. Com elas, o direito subjetivo de propriedade encontra-se, na atualidade, em situação bastante desconfortável, ao ponto de que autores contemporâneos hesitam ou recusam-se a dar-lhe as qualidades de plenitude e exclusividade. Pode-se dizer que as limitações e restrições ao direito subjetivo de

propriedade vão à direção de socializá-lo, de atenuar a sua carga individualista, de modo a obter o seguinte:

Coibir abusos e tendo em vista impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação. [...] a propriedade socializada tem características próprias e inconfundíveis com um regime em que o legislador imprime certas restrições à utilização das coisas em benefício do bem comum, sem contudo atingir a essência do direito subjetivo, nem subverter a ordem social e a ordem econômica¹⁴.

Como se trata de expor brevemente as transformações sofridas pela noção técnica de direito subjetivo de propriedade, aqui não se elenca todas as vertentes da teoria jurídica que procuraram antepor-lhe óbices. Antes, faz-se referência somente às modificações do conceito operadas no âmbito do direito civil. E, nesta seara, dá-se destaque a autores que fundamentaram suas críticas em conceitos como o de abuso de direito e da função social da propriedade.

Louis Josserand foi um dos principais teóricos da noção de abuso de direito. Com esta, procura-se sustentar que um direito subjetivo não pode ser exercido simplesmente com base no dispositivo legal que o prevê, mas que tal exercício deve ser consoante com o conjunto do direito objetivo, que lhe determina a função a ser desempenhada no âmbito social e lhe indica os seus fins adequados.

Um ato cumprido em conformidade com determinado direito subjetivo pode estar em conflito com o direito geral, com o direito objetivo, com a juridicidade, e este conflito é o que os romanos já haviam entrevisto e que traduziam pela máxima famosa: *Summum jus, summa injuria*¹⁵.

Só é possível identificar a ocorrência de um abuso de direito modificando a justificação do exercício de um direito. Ao invés de se pautar unicamente pela intenção pontual do direito objetivo de lhe conferir determinada *facultas agendi*, o titular do direito subjetivo deve guiar-se pela função que o mesmo direito objetivo – em seu conjunto – lhe

assinala; caso contrário, será responsabilizado pelos seus atos que não encontraram justificativa no espírito do ordenamento jurídico:

É abusivo qualquer ato que, pelos seus meios ou pelo seu fim, vai contra o destino, contra a função do direito que se exerce; tende-se a substituir o critério puramente *intencional* pelo critério *funcional*, derivado do espírito do direito, da função que lhe está encomendada. Cada direito tem o seu espírito, o seu objeto, a sua finalidade; quem quer que tente afastá-lo da sua missão social, comete uma falta, delituosa ou quase-delituosa, um abuso do direito suscetível de comprometer, em cada caso, a sua responsabilidade¹⁶.

E, como manda a lógica, o alvo inicial da teoria do abuso de direito foi o direito de propriedade, espécie primogênita da noção de direito subjetivo:

Talvez tenha sido o direito de propriedade o primeiro que serviu de campo de experimentação à teoria do abuso, pelo menos o direito relativo à propriedade imóvel. É um direito tradicionalmente absoluto; é o *dominium* por excelência, confere a quem dele está investido *plena in re potestas*, e não só entre os romanos, como também nas sociedades modernas [...]. Para o Código civil francês, a propriedade é o *direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta*. Dentro dos limites materiais do seu domínio, parece que tudo está permitido ao proprietário; pode fazer o que bem lhe parecer¹⁷.

A proposta da teoria do abuso não é a de suprimir da teoria geral do direito a noção de direito subjetivo de propriedade; é preciso reconhecê-la, pois, do contrário, não restaria conceito algum para substituí-la, e os indivíduos não mais encontrariam respaldo jurídico para se apropriar das coisas. No entanto, a definição de tal noção no primeiro código civil da história – o Código civil francês, ao qual Josserand se refere – inspirou os códigos de outros muitos países europeus e americanos, possibilitando uma praxe social em que o titular do direito de propriedade usava, gozava e dispunha da coisa da maneira mais absoluta, isto é, sem se importar com os efeitos que seus atos produziram no seu entorno. Tal situação levou o civilista a se interrogar de maneira ironicamente indignada:

Sim, mas, então, o que será dos direitos iguais dos proprietários vizinhos? Serão afogados, degolados pelo proprietário tirânico; estabelecerá um matadouro que empesteará o ar circunvizinho; montará uma fábrica cuja exploração abalará o solo e cujas emanações farão impraticável qualquer cultivo; cavará um buraco profundo no limiar de seu terreno e fará desabar a casa de seu vizinho. Atuando assim, permanecerá estritamente dentro dos limites da sua propriedade. Caso os vizinhos protestem, poderá ele dizer: *feci, sed jure feci*: defumei-vos, asfixiei-vos, arruinei-vos, mas com toda justiça, e deveis dar-vos por satisfeitos?¹⁸.

Sem poder se expressar de maneira técnica – já que se vê impedido de prescindir da categoria de direito subjetivo de propriedade –, Josserand enxerga, de modo intuitivo e empírico, a irregularidade do exercício do direito de propriedade, e faz apologia do recurso à teoria do abuso – que, dentro do estatuto epistemológico da teoria moderna do direito, não deixa de possuir uma considerável carga de ambiguidade:

Se eu pudesse empregar este linguajar, o direito já não seria direito, mas o executor da perseguição e da injustiça. Por isso, os legisladores, juristas e tribunais esforçaram-se por reprimir esse direito de propriedade que está naturalmente dotado de uma força de expansão indefinida. Empregaram-se diversos procedimentos com tal objeto, mas, essencialmente, utilizou-se a teoria do abuso dos direitos¹⁹.

Além do abuso de direito, o direito subjetivo de propriedade moderno – previsto destacadamente em tantos códigos civis – foi também enfraquecido pelos direitos fundamentais, princípios e valores inscritos na Constituição de uma série numerosa de Estados democráticos, ao longo do século XX. Isto produziu “um processo de redução das faculdades do domínio, mais intenso do que tradicionalmente ocorria, como consequência da intervenção do Estado para garantir os interesses públicos. Isso coloca em questão um dos gonzos da dogmática civilista, o direito subjetivo, modelado sobre a estrutura da propriedade absoluta”²⁰.

No Brasil, tal fenômeno passou a verificar-se de forma mais notável a partir da Constituição da República de 1988, mediante a previsão contundente de que “a propriedade atenderá a sua função social” (art. 5.º, XXIII). Desde então, o Poder Judiciário foi aumentando o seu zelo pelo princípio da função social da propriedade, relativizando, paulatinamente, o direito subjetivo de propriedade do Código Civil de 1916:

É de ver [...] que o Poder Judiciário começa a revelar sensibilidade na solução dos conflitos entre direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, nas hipóteses, entre o direito de propriedade, de um lado, e o direito de moradia e de acesso à terra do outro lado. [...] É o esforço na busca do direito justo. É importante que assim seja, já que o direito não é somente uma técnica de organização social, nem somente uma ciência normativa, mas é também axiologia, já que os valores fundamentais são a própria razão de ser do homem em sociedade²¹.

A Constituição de 1988 não só dispôs pontualmente que a propriedade deve cumprir a sua função social. Também submeteu a integralidade do direito privado aos seus princípios de solidariedade social e dignidade da pessoa humana (art. 3.º, I e art. 1.º, III, respectivamente). Assim, a liberdade individual irrestrita já não pode ser mais considerada a base sustentadora do direito civil:

No Estado Democrático de Direito, o poder do Estado está limitado pelo Direito; mas não só: o poder da vontade do particular, em suas relações com outros particulares, também o está. Limita-o não apenas a eventual norma imperativa, contida nas leis ordinárias, mas, sobretudo, os princípios constitucionais de solidariedade social e dignidade humana que se espraiam por todo o ordenamento civil, infraconstitucional²². Evidentemente, permanecem espaços abertos de liberdade, mas esta liberdade (autonomia) é consentida e já não serve mais a definir o sistema de direito privado²³.

Desse modo, a noção genérica de direito subjetivo acabou, mais uma vez, sendo mitigada, ficando reforçada a ideia de que tal conceito não é anterior ao direito objetivo, mas é por este concedido aos particulares.

Para tanto, foi preciso alterar o próprio conceito de direito subjetivo – conceito jurídico base do direito privado lógico-racional – que logo deixou de ser entendido como senhoria da vontade, conforme havia sido idealizado por Savigny, para refletir a sua verdadeira dimensão, secundária em relação ao ordenamento jurídico, isto é, a de ‘traduzir’ os ditames do direito objetivo, em termos de poder de comando dos sujeitos individuais de direito²⁴. Aqui se deseja ressaltar que, segundo atualmente se considera, a força do direito que se faz valer não é a do titular do direito e sim a força do ordenamento jurídico que o sujeito pode usar em defesa de seus interesses, donde, a força jurídica para atuar o conteúdo dos interesses humanos existe somente quando o interesse é juridicamente reconhecido e protegido²⁵.

Ainda que diminuída e condicionada a valores de caráter social, a liberdade individual não é, digamos, “fagocitada” pelo acentuado cunho coletivo da Constituição de 1988. Entende-se que esta é maximamente promovida dentro do espaço a ela concedido pelos princípios constitucionais limitadores (ainda que seja, ao menos, árdua a tarefa de conciliar teoricamente as duas tendências):

Evidentemente, isto não significa que a tendência a ser seguida configura uma tendência autoritária ou totalitária, com o Estado representando um ser supremo, invencível, frente ao indivíduo agora enfraquecido, despido de seu mais rico atributo, a liberdade. O problema maior do Direito na atualidade tem sido

exatamente o de estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos nos quais as leis se inspirem, e espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e do direcionamento, de sua trajetória individual²⁶.

Retomando o tema do direito subjetivo de propriedade, observa-se hoje uma enorme dificuldade de se sustentar o seu conceito moderno, unitário e indiferenciado quanto ao objeto sobre o qual recai. A atual conjuntura da sociedade civil põe de manifesto que a “Teoria Geral da Propriedade já não responde à pluralidade de situações jurídicas em que se dá o exercício do domínio que, por isso mesmo, se fragmenta”²⁷, pois, de fato, “a variedade e relatividade da noção de propriedade, conquista inderrogável de um processo evolutivo secular [...] corrobora a rejeição, há muito intuitivamente proclamada, da propriedade como noção abstrata”²⁸. A noção tradicional e singular do direito de propriedade, dá lugar, assim, à concepção de diversos estatutos proprietários, conforme tenham por objeto bens de consumo ou de produção, imóvel rural ou urbano etc²⁹.

Essa variabilidade de estatutos proprietários abre caminho – como bem salienta Gustavo Tepedino, apoiado em consistente doutrina italiana, sobretudo a que parte de Pietro Perlingieri – para forte abalo, quiçá fatal, da noção de direito subjetivo de propriedade:

A construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, serve de moldura para uma posterior elaboração doutrinária, que entrevê na propriedade não mais uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas ‘una situazione giuridica soggettiva tipica e complessa’, necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontra a sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere³⁰.

No tocante ao princípio constitucional da função social da propriedade, Maurício Jorge Mota esclarece que a propriedade privada só poderá ser exercitada na medida em que não esteja, num caso concreto, colidindo com interesses coletivos de maior monta:

Sendo a propriedade garantida pela Constituição, será sempre num princípio constitucional que o sacrifício da propriedade privada terá de se escudar: a garantia constitucional da propriedade só cede perante outro princípio fundado em título de não menor dignidade, e que em concreto prima sobre ele. Esse princípio é o da função social da propriedade. É a idéia segundo a qual o direito real deve desempenhar uma função social e o seu titular não pode, na mira das suas

particulares conveniências, contrariar interesses sociais relevantes. Assim, a lei pode determinar as condições do seu emprego ou exploração conformes com a finalidade coletiva. Confirmam-se as restrições já existentes (intervenção limitadora) e se autoriza, quando não se impulsiona (intervenção impulsionadora), o estabelecimento de novas restrições aos direitos privados de modo que da situação de direito real derive um resultado socialmente mais valioso ³¹.

Mas talvez a consequência mais relevante do princípio da função social seja o de alterar a própria estrutura interna do direito subjetivo de propriedade. Tepedino explicita o desdobramento culminante de tal princípio, que alcança o posto de título justificativo do direito subjetivo de propriedade, inserindo-se em seu âmago como elemento constitutivo:

Pode-se mesmo dizer, com apoio na doutrina mais atenta, que a função social parece capaz de moldar o estatuto proprietário na sua essência, constituindo ‘il titolo giustificativo, la causa dell’attribuzione’ dos poderes do titular, ou seja, ‘il fondamento dell’attribuzione, essendo divenuto determinante, per la considerazione legislativa, il collegamento della posizione del singolo con la sua appartenenza ad un organismo sociale’ [...]. Daí decorre que quando uma certa propriedade não cumpre sua função social não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico. Vale dizer, que não somente os bens de produção, mas também os de consumo possuem uma função social, sendo por esta conformados em seu conteúdo – modos de aquisição e de utilização. ³².

Os argumentos acima expostos refletem considerável parcela da doutrina civilista contemporânea sobre o direito de propriedade. Fica, com eles, evidenciado, por um lado, o desgaste da noção de direito subjetivo de propriedade e, por outro, o empenho de adequar o fato da apropriação individual às exigências da coexistência social.

Embora bem articuladas e ensejem soluções práticas mais justas no que tange ao equilíbrio da propriedade privada com outros interesses sociais, parece que, no plano teórico, as posturas acima indicadas não conseguem se desvencilhar da noção técnica de direito subjetivo de propriedade. Apesar da clareza do que se pretende – que a visão jurídica da propriedade deixe de ser a de um atributo individual egoísta para passar a ser um atributo individual relacional –, nota-se que a doutrina moderna da propriedade permanece viva e fundamental em meio a conceitos teóricos dela dissonantes, o que acarreta uma flagrante incongruência no interior mesmo da teoria jurídica contemporânea sobre a propriedade.

b) A permanência da doutrina moderna

O jurista alemão Franz Wieacker, autor da monumental *História do direito privado moderno*, reconhece que, nos dias de hoje – apesar das transformações operadas em sua conceituação –, o direito de propriedade (tal como ocorre com outros institutos jurídicos) continua, no campo teórico, fiel ao molde liberal-individualista da modernidade: um direito subjetivo, ou seja, um espaço autônomo de liberdade:

Com isto, os conteúdos típicos dos direitos privados provenientes de contratos de alienação ou de uso, de contratos de trabalho e de seguro, da produção de danos e da propriedade adquirem, no seio de uma aplicação do direito conforme aos interesses sociais, um novo valor também no plano das suas relações com a contraparte contratual ou com o titular de pretensões opostas. Eles permanecem ainda, na verdade, como espaços autônomos de liberdade (como mostra sobretudo a sua protecção por direitos fundamentais individuais) ³³.

Mas talvez a seguinte análise do jurista chileno Alejandro Guzmán Brito vá mais certamente ao núcleo da questão:

Possivelmente, todo o processo de submissão dos direitos subjetivos à ordem econômica, política e social, no fundo, não é, senão, um processo de transformação do direito civil – expresso em termos de direitos subjetivos – em direito público. Não obstante – mesmo quando é possível reconhecer este fenômeno –, o que está claro é que o direito codificado está baseado na noção de direito subjetivo, e – se é certo o quanto se disse para o direito de fora dos códigos – a partir do momento em que se trata de inserir os direitos em uma sorte de ordem objetiva, isto significa que se começa reconhecendo, como um dado, aquela ideia. [...] Como é bem sabido, opõe-se à noção de direito subjetivo a de direito objetivo. Contudo, em um sistema de direitos subjetivos – ou seja, em um sistema em que o dado primordial é constituído por essa noção – é missão do direito objetivo, por um lado, reconhecer e proteger esses direitos e, por outro, limitá-los só na medida necessária para assegurar – dir-se-ia – sua maior efetividade. A este respeito, Kant ³⁴ – e ele não foi o primeiro – formulou de maneira precisa a seguinte relação: o direito – diz ele – é o conjunto de condições que permitem a coexistência das liberdades individuais. Essas condições são o direito objetivo; as liberdades individuais são os direitos subjetivos; e o primeiro existe para assegurar a coexistência dos segundos entre si. Desta maneira, centro do mundo jurídico é a pessoa e os seus direitos, como tentáculos com os quais domina o mundo: o mundo das coisas, o mundo das pessoas, aos quais correspondem, respectivamente, os direitos reais e pessoais. Em um sistema assim, a tarefa do legislador, do juiz, do advogado e do jurista estão perfeitamente delimitadas: a do primeiro – enquanto deve formular o direito objetivo – já se disse: reconhecer e proteger os direitos subjetivos, limitando-os ao mínimo, para salvaguardá-los; a do juiz: declará-los quando foram violados; a do advogado: defender ou atacar a afirmação de possuí-los; a do jurista: descrevê-los ³⁵.

Se a doutrina contemporânea sobre a propriedade permanece ancorada na ideia tradicional de direito subjetivo – ainda que as decisões judiciais venham, na prática, afastando cada vez mais tal influência – é preciso que se conheça a causa deste fenômeno.

c) O testemunho dos romanistas como causa da permanência da doutrina moderna

O direito romano é uma contínua fonte de inspiração e estudo para os civilistas. Afinal, as principais bases do direito civil foram colocadas pelos jurisconsultos romanos, e as várias escolas jurídicas que se sucedem no tempo procuram, de modo natural e constante, a justificação de suas idéias no direito romano³⁶.

Esta afirmação é muito verdadeira. Por mais longínqua – e, para alguns, até mesmo caduca – que seja a época histórica do direito romano, propositadamente ou não, os juristas, e de modo especial os que se dedicam ao direito civil, acabam bebendo do que disseram – ou do que se diz que disseram – os jurisconsultos do Lácio.

A respeito do direito de propriedade, o recurso ao direito romano foi e é tão insistente, que, em inícios do século passado, a expressão “propriedade à romana” tornou-se familiar a estudantes de direito e juristas.

Vejamos, a seguir algumas referências da “propriedade à romana” em conhecidos manuais brasileiros de direito civil:

1) “Examinemos, em primeiro lugar, o conteúdo positivo do direito de propriedade, usar, gozar e dispor dos bens, e que corresponde aos mesmos atributos da propriedade romana, *jus utendi, fruendi et abutendi*, cujo conteúdo constituía a propriedade perfeita (*plena in re potestas*)”³⁷.

2) “O segundo elemento do conceito em exame é a idéia de submissão da coisa corpórea ao poder do proprietário, que a pode usar, gozar e dela dispor, ou seja, o *jus utendi, fruendi e abutendi* dos romanos”³⁸.

E mais adiante:

“Esse é o quadro teórico do conceito de propriedade [absoluta, exclusiva e perpétua], cujas linhas principais, embora retiradas dos Códigos do século XIX e dos

escritores clássicos que os comentaram, têm raízes mais profundas, que se estendem até a antiguidade”³⁹.

3) “Estes, *desde as fontes*, consistem no uso, fruição e disposição da coisa. São os *atributos* ou facultades inerentes à propriedade”⁴⁰.

Aparentemente, não resta alternativa aos civilistas senão fazer estas afirmações, já que praticamente todos os romanistas do século XX ensinaram o que segue:

[e]conômicamente a propriedade (*proprietas*, em sentido menos técnico, *dominium*) pode ser definida como o poder máximo ou a senhoria total sobre a coisa. [...] O conteúdo econômico da propriedade é então a senhoria, ou seja um complexo de facultades, cujo exercício se destina a extrair da coisa todas as vantagens que ela pode proporcionar. Essas facultades são o uso, [...] o gozo [...] e a disposição [...]. Entretanto, a característica fundamental do ‘direito’ de propriedade é a exclusão de toda ingerência alheia, a qual aparece aqui, como sabemos, em sua pujança máxima⁴¹.

Contudo, a opinião dos estudiosos do direito romano do século passado nada mais é que um mimetismo da postura adotada pelos romanistas europeus do século XIX. Estes, admirados com a forma lapidar do artigo 544⁴² do *Code civil* de 1804, intentaram reconhecer suas fontes nos escritos dos juristas romanos.

Foi o caso, por exemplo, de Solari, para quem “a propriedade individual e absoluta do *Code civil* não seria outra que a ressurreição da propriedade romana clássica”⁴³.

Também Maleville viu no artigo 544 do *Code* “a tradução da definição que as leis romanas davam para a propriedade”, concretamente o Código de Justiniano, *Mandati*, lei 21: “*Dominium est jus utendi et abutendi re suam, quatenus juris ratio patitur*”⁴⁴.

Para fechar os testemunhos dos romanistas, vejamos um último, Piret, cujas frases sobre o assunto são transcritas e comentadas por André-Jean Arnaud:

“Não é presumível que a definição romana foi trazida toda de uma só vez em nosso direito pelo *Code civil*?”, e fala em outra parte de “volta à concepção romana e individualista do direito de propriedade”. Pois para ele, desde o Direito romano clássico “os três atributos (*usus*, *fructus* e *abusus*) reunidos na mesma mão, constituem o *dominium*, verdadeira soberania individual: é a mais completa disposição sobre a coisa, o direito real integral. Tocamos aqui a concepção de um direito de propriedade absoluto, exclusivo, perpétuo”⁴⁵.

III. A consistência teórica do direito subjetivo de propriedade

a) Consideração preliminar

Como se pode constatar no conjunto da doutrina contemporânea do direito civil, há uma crença generalizada de que a expressão da propriedade como direito subjetivo não teria sido forjada em um determinado período da história. Seria, portanto, uma categoria lógica *a priori*. Talvez isto se deva ao seguinte fato:

Todos, ou quase todos, somos, a este respeito, hobbesianos – ou, mais genericamente, modernos; pensamos os direitos do indivíduo dentro do marco que nos impõe a nossa formação de modernos. Repugna-nos conceber que noções diferentes tenham reinado por muito tempo, noções estas tanto menos fáceis de retomar a partir do momento em que não há termo algum da linguagem que, de um sistema de pensamento a outro, não mude de sentido⁴⁶.

No entanto, a realidade mesma da vida social contemporânea impele-nos a compartilhar o brado:

De que profundo sonho dogmático surgem tais pensamentos, e que curioso abuso de espírito sistemático preside esta fé nas categorias pandectísticas que se resolvem na contínua tentativa de impô-las a uma realidade transformada em suas exigências e em seus métodos, tratando de fazer pensar que têm valor de categorias lógicas e não simplesmente históricas?⁴⁷.

E, de fato, não é só a indignação perante o descompasso entre a teoria e a prática do direito nos dias de hoje que nos possibilita afirmar que a noção de direito subjetivo de propriedade não é um conceito existente *ab aeterno et usque in aeternum*: o método da história da filosofia do direito mostra claramente que ele é um produto de uma cultura historicamente localizável: a filosofia moderna⁴⁸.

Podemos concluir, então – preliminarmente às considerações sobre a sua consistência teórica, isto é, sobre a sua estrutura racional de justificação –, que a noção de direito subjetivo de propriedade está marcada pelas notas de temporalidade e culturalidade.

b) A consistência teórica da definição de direito subjetivo de propriedade considerada em si mesma

1. A consistência teórica da definição moderna

O núcleo da definição moderna de direito subjetivo de propriedade consiste num atributo inerente à natureza do sujeito – o seu poder –, em conformidade com os cânones da filosofia moderna. Apesar de que, nos dias de hoje, possa causar estranheza a afirmação de que um direito emane do íntimo de uma pessoa isolada das demais, “ainda restam vestígios desta filosofia na opinião contemporânea: quando proclamamos o direito do homem à felicidade, à liberdade de consciência, ou a ser proprietário, é provável que extraíamos estes direitos, de maneira inconsciente, da essência do sujeito”.⁴⁹

Foi justamente por conta dessa mentalidade individualista que o Estado moderno, logo após reconhecer juridicamente a liberdade individual, teve de intervir rapidamente para sanar os desconcertos causados pelas ações dos indivíduos⁵⁰.

Este fenômeno da intromissão estatal nas ações privadas também se deu em relação ao direito subjetivo de propriedade devido ao seguinte:

A propriedade nasce, primariamente, da essência do homem, mas, em seguida, a Declaração dos Direitos de 1789 – e depois o *Code civil* – intervém para autenticá-la, para assegurar-lhe a sanção do Estado, não sem remodelar o seu conteúdo e assinalar-lhe os limites impostos pelas necessidades da coexistência social⁵¹.

No entanto, tal remodelação não afetou “[...] a natureza subjetiva da propriedade, que já havia recebido o seu ser antes dessas modificações, que não tocam a sua substância; a propriedade permanece, portanto, como um direito subjetivo, isto é, tendo no sujeito a sua fonte primeira”⁵².

Ainda que a noção de direito subjetivo de propriedade seja um das materializações mais condizentes com a proposta moderna de individualismo social – que, por um lado, acaba por declarar “que o homem é naturalmente egoísta e que a sua capacidade de conviver é sempre interesseira”⁵³ e, por outro, tem que valer-se de ficções para assegurar a unidade jurídica do Estado⁵⁴ – é preciso reconhecer que, do ponto de vista formal, não há nele qualquer incoerência lógica.

Desse modo, poder-se-ia dizer que a definição moderna de direito subjetivo de propriedade consiste em um arranjo teórico certamente limitador da realidade social

objetiva, mas legítimo e funcional a título provisório, isto é, como experimento de averiguação na direção que os interesses políticos da modernidade enfatizaram.

2. A consistência teórica da definição contemporânea

Não há dúvida de que a noção de direito subjetivo de propriedade encontra-se, atualmente, em profunda crise. Os variados tratamentos que a doutrina jurídica contemporânea lhe dispensa – tais como o de afirmar que tal direito subjetivo é uma concessão oriunda do direito objetivo e que, assim, não pode ser exercitado abusivamente ou em desacordo com o princípio da função social da propriedade inscrito no ordenamento jurídico – certamente enfraquecem a sua invocação nos casos práticos, ensejam decisões justas e põem em evidência a necessidade de que seja substituído.

Porém, em termos teóricos, o direito subjetivo de propriedade “socializado” parece não ostentar uma consistência sólida, pois “esse poder ‘de gozar e de dispor’, que se considera, em princípio, absoluto, não poderia, em boa lógica, ser uma criação da lei: a lei somente o sanciona dentro de certos limites”⁵⁵.

Enquanto se continuar definindo o direito de propriedade como um poder individual, não será possível analisá-lo como um puro e simples reflexo das leis positivas, uma vez que estas são uma produção do Estado e o poder do homem é um fato interno a ele, que antecede a sua inserção numa coletividade estatal. E, por conseguinte, a teoria do abuso de direito e o princípio da função social da propriedade jamais conseguirão desterrar definitivamente a concepção individualista da propriedade, pois, do prisma teórico-formal, não há nada que limite, pela raiz, o poder do indivíduo: por ser essencialmente ilimitado, o seu exercício nunca configurará um abuso, nem ficará obrigatoriamente voltado a cumprir uma função social.

Desse modo, o problema da consistência teórica do direito subjetivo de propriedade situa-nos perante uma disjuntiva:

Ou o direito é construído a partir e em função do indivíduo, ou então surge de um esforço de justiça social, de uma lei supra-individual: neste último caso, ele não é exclusivamente individual; pensado só em relação ao indivíduo, não é mais um direito ‘subjetivo’⁵⁶.

Com todas as boas qualidades que apresenta ao se afastar da tradição que lhe foi legada, a definição contemporânea do direito subjetivo de propriedade acaba, no entanto, por submergir a conceituação moderna na incoerência⁵⁷. Só se pode dizer que a simbiose entre poder individual ilimitado e limitação social, em um mesmo conceito teórico, consiste numa contradição em termos.

Embora esta conclusão se imponha à nossa razão, os méritos da definição contemporânea do direito subjetivo de propriedade são inquestionáveis. Os seus esforços conceituais devem persistir, pois têm impulsionado não só o direito civil, mas toda a teoria do direito, rumo à consciência da verdadeira índole do afazer jurídico: não uma ciência imponentemente geométrica, mas uma arte dialética, voltada a desvelar, em cada situação fática, o justo nas relações sociais. Parece ser este o panorama descrito por Wieacker ao final de sua longa pesquisa sobre a história do direito privado moderno:

Em aberto permanece, contudo, o confronto na questão fundamental de saber se a missão da dogmática civilista é a de constituir uma técnica de resolução correcta de problemas ou a construção de um edifício doutrinal mental e logicamente contingente de contextos de dedução. As tarefas sociais da ciência do direito sugerem uma resposta no sentido do primeiro pólo da alternativa⁵⁸.

c) A consistência teórica da definição de direito subjetivo de propriedade sob a ótica de uma abordagem coexistencial do ser humano

Por que terminar este trabalho sobre o direito subjetivo de propriedade buscando compreender a sua consistência teórica com base nos árduos raciocínios da antropologia filosófica, isto é, na filosofia sobre o ser humano? Porque a história nos demonstra que “[a] longuíssima disputa sobre um pretenso carácter ‘natural’ e, conseqüentemente, ‘absoluto’ do direito de propriedade sempre teve, como último ponto de referência, não tanto valorações ideológico-econômicas diversas, mas, sim, diversas antropologias”⁵⁹.

De modo geral, duas antropologias rivais estão em jogo no tocante ao direito de propriedade: a clássica⁶⁰ e a moderna⁶¹. A antropologia clássica conformou a arte do direito como um sistema de relações entre os homens, ao passo que a antropologia moderna forneceu subsídios para que o direito se baseasse no indivíduo isolado. Esta última postura é, aos olhos clássicos, a pura negação do direito: o direito só surge da relação entre pessoas, não da razão pura subjetiva. Nos termos da antropologia clássica, a

noção moderna de direito subjetivo de propriedade é a “quadratura do círculo: a partir do indivíduo, a partir de seu ‘direito subjetivo’, só se encontrará o anarquismo e a ausência de ordem jurídica; ou melhor – contradizendo-se [Hobbes] a si mesmo – a partir do indivíduo, será fabricado, à sua imagem, o monstruoso *Leviatã* que esmaga os verdadeiros indivíduos”.⁶²

Contemporaneamente, há uma crescente reabilitação do pensamento e dos valores clássicos. No âmbito da antropologia filosófica, isto representa, em parte, uma reação à “radicalização da subjetividade”, que produziu – depois de quatro séculos de crescente otimismo ingênuo e, por vezes, ideológico – frutos amarguíssimos para a humanidade, tais como as guerras mundiais, os totalitarismos à esquerda e à direita e os males menos perceptíveis – mas, talvez por isso, mais corrosivos – do materialismo e do hedonismo, verdadeiras diretrizes vitais do homem contemporâneo.

Muitos filósofos atuais vêm descobrindo que a inconveniência do individualismo não se justifica somente em razões pragmáticas, de cunho sócio econômico, ou no temor de incorrer em atitudes “politicamente incorretas”. O problema é mais profundo, e reside no âmago da pessoa humana: o homem é, radicalmente, um ser *dual*, não uma existência estanque, monista. Por isto é que o modo de vida individualista não lhe convém. E o que significa essa dualidade da condição do homem?

A resposta [...] é clara: ser dual significa *co-existir*. Mas, então, se isto é assim, pode-se continuar perguntando: o que esse *co-* acrescenta à existência? A resposta parece surpreendente: o *co-* acrescenta o *acrescentar como ser*, ou seja, a companhia. A rigor, *co-existir* designa o ser em companhia, o ‘ser acompanhando-se’⁶³.

Ainda que use sua liberdade em sentido contrário, o ser humano é alguém que coexiste, e que não alcança, portanto, a sua realização cabal conduzindo-se pelas vias do ensimesmamento. Naquilo que tem de mais essencial, a pessoa humana é abertura, manifestação, diálogo, o que significa, “em última instância, que a essência humana é para o próximo: se não há próximo – isto é, distintas pessoas humanas – não cabe a manifestação e, portanto, não cabe a *sociedade*”⁶⁴.

Há léguas de distância entre esta visão e o estruturalismo filosófico, que reduz o ser humano a um simples ponto de interseção da trama social. Na antropologia filosófica de que se está a tratar, a individualidade do homem – não o seu individualismo, saliente-se

– permanece como dado primigênio, como valor fundamental. No entanto, não se pode fechar os olhos para a seguinte realidade concernente à pessoa:

Ainda que [...] seja irreduzível, significa coexistência. [...] Coexistem as pessoas. Conseqüentemente, o ser humano – a coexistência – não significa *mónon*, único. Ou, dito de outra maneira, não tem sentido uma pessoa única. Não é possível uma pessoa única. Por um lado, as pessoas coexistem com aquilo que não é coexistência, isto é, com o ser fundamental. Mas também coexistem entre si: há co-existência pessoal. A irreduzibilidade da pessoa não é isolante; não é separação⁶⁵.

Desse modo, como um ser que se caracteriza pela abertura aos outros, a pessoa humana é eminentemente social, ou seja, “pertence à sua essência viver em sociedade”⁶⁶. Neste ponto se encontram a tradição clássica e a contemporânea antropologia filosófica. É evidente a coincidência entre a asserção citada acima e a célebre sentença aristotélica de que “o homem é por natureza um animal político”.

Estas considerações talvez possam proporcionar-nos um entendimento melhor fundamentado do que consiste a propriedade enfocada pela ótica epistemológica do direito.

Em vista de que o homem é um ser irreduzível, observa-se isto:

[A defesa do] direito do indivíduo à propriedade [...] não significa, em princípio, avaliar formas capitalistas de organização social, mas reconhecer que o indivíduo é um sujeito que vive não apenas no tempo, mas também *no espaço*, e que, para o indivíduo, o espaço implica, necessariamente, um relacionar-se com as coisas, um considerá-las suas⁶⁷.

Concomitantemente, em vista do caráter dual do ser humano, isto é, de que ele é coexistência, um ser intrinsecamente relacionável, constata-se o que segue:

O direito não pode, de fato, pensar a propriedade como uma relação entre o homem e a coisa, caracterizada unicamente pelo *poder* que o homem tem nas relações com as coisas, mas, sim, como uma relação entre homem e homem, mediada pela coisa, caracterizada – em formas evidentemente peculiares – pelo limite variável que se encontra implícito em toda relacionalidade intersubjetiva⁶⁸.

Para expressar a propriedade em sintonia com a antropologia filosófica que se mostra mais acorde com as necessidades da vida individual e social, a ciência jurídica não poderá poupar esforços. O contentar-se com formulações técnicas úteis – e, em muitos

casos, de uma utilidade precária – somente ao momento presente, é, no mínimo, indigno da vocação do jurista.

Como argumenta Wieacker ⁶⁹, a teoria contemporânea do direito civil – comparada com a desenvolvida em outros períodos históricos – apresenta-se, de um modo geral, intelectualmente desleixada, e isto leva a que fique retraída, recusando-se a ousar mais. Os juristas de outrora eram homens de Humanidades, familiarizados com os elementos culturais do passado e do presente, quer fossem provenientes da filosofia, da história, da religião, da arte ou da literatura. Hoje, parecemo-nos mais a homens *light*, que almejam metas intelectuais pouco ambiciosas, que buscam compensações nas novidades tecnológicas, que substituem a penosa – porque dialética – busca da justiça no caso concreto pelo pragmatismo do “operador do direito”, tanto o daquele ávido por lucro, como o daquele inflado pelas proclamações das cartilhas político-ideológicas.

A dignidade da pessoa humana e o bem social urgem-nos a trabalhar com mais afinco, de modo a alcançarmos as três condições que Wieacker constatou serem as fundamentais de uma “civilística capaz: uma consciência geral do direito desprovida de dúvidas, uma plena percepção e elaboração do conjunto da realidade social e uma metodologia segura que acerte o passo com o pensamento de sua época” ⁷⁰.

Este ideal, admirável e comovedor, talvez produza mais desconsoles do que sentimentos de otimismo e coragem. É muito longa a estrada que leva a ele – melhor: ainda está por ser aberta. A realidade doutrinária e prática do direito encontra-se incrustada de rotinas e complicações seculares, aparentemente sem solução.

Mas se predominar o desânimo, adiar-se-á o predomínio da justiça no horizonte teórico e prático do jurista; mais: nessa situação, é provável que a justiça nunca seja alcançada como paradigma cotidiano. Não se podem entregar os pontos aos erros do passado e resignar-se com as consequências que eles geraram no presente. É preciso enxergar que os valores clássicos do homem e do direito transcendem o suceder das épocas e dos mitos infundados que a nossa imaginação possa criar, relevando-se de uma atualidade vigorosa. Vigorosa porque a atualidade dos valores clássicos consiste nisto:

Na atualidade do fundamento. Apesar de tudo, apesar dos nossos pecados, Deus não nos soltou da sua mão. As coisas e nós estamos nas mãos de Deus agora e, portanto, podemos destinar os projetos que empreendemos. Somos capazes de um destino.

Não estamos submetidos a um destino fatal, mas somos capazes de exercer a nossa destinação em sentido criativo⁷¹.

Conclusões

1. A doutrina moderna acerca do direito subjetivo de propriedade apresenta estes aspectos centrais: (i) na sua substância, este direito exprime-se como um poder individual; (ii) é atribuído primariamente ao sujeito isolado, que pode usar, fruir e dispor de sua propriedade de maneira plena e exclusiva.
2. As definições contemporâneas do direito subjetivo de propriedade procuram corrigir a tendência moderna de conceber a propriedade como um atributo individual e egoísta por meio de princípios jurídicos como o de abuso de direito e de função social da propriedade, que impõem limites externos ao exercício do direito subjetivo de propriedade. Este expediente mostra-se acorde com a realidade da vida humana associada e com as suas necessidades mais prementes, além de deixar transparecer que, na verdade, a propriedade é um atributo pessoal e relacional. Contudo, essas definições não alteram o núcleo da concepção moderna do direito subjetivo de propriedade, que permanece como fundamento das mesmas, implicando uma contradição teórico-conceitual que pode obstar a consecução da finalidade a que apontam.
3. A permanência na atualidade da definição moderna do direito subjetivo de propriedade deve-se à opinião de muitos romanistas dos séculos XIX e XX acerca do conteúdo técnico-científico que os jurisconsultos romanos teriam dado ao fenômeno da apropriação das coisas pelo homem. Influenciados pela concepção individualista do ser humano, desenvolvida e consolidada na modernidade, estes estudiosos procuraram identificar erradamente a origem da definição do direito de propriedade oferecida pela redação individualista do artigo 544 do Código civil francês de 1804 nos escritos dos juristas da Roma antiga.
4. A consistência teórica ou estrutura racional de justificação do direito de propriedade com base na antropologia dual do ser humano – que entende o indivíduo como coexistência, isto é, como um ser essencialmente destinado a viver coordenadamente com as outras pessoas humanas – é algo ainda não modelado pela técnica jurídica. Não obstante, a coexistência humana indica dois dados imprescindíveis para a

elaboração de um conceito inovador do direito de propriedade: (i) a irredutibilidade do ser humano a um elemento anônimo da trama social, o que exige que se lhe reconheça a necessidade legítima de considerar as coisas como suas; (ii) a interrelacionalidade intrínseca do indivíduo humano com outros seres humanos, que implica a concepção de que a propriedade não é uma simples relação de poder entre o homem e a coisa, mas uma relação entre homem e homem mediada pela coisa, cuja delimitação já se encontra embutida e é identificável em cada relação intersubjetiva.

¹ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Elementos de teoria geral do direito**. Belo Horizonte: Editora Vega S. A., 1976, pp. 269-270.

² *Idem*, p. 270.

³ *Apud idem*, p. 271.

⁴ GROPPALI, Alessandro. **Introdução ao estudo do direito**, 2.^a edição, tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 126. Da mesma opinião é HERMES LIMA. **Introdução à ciência do direito**, 23.^a edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S. A., s.d., pp. 184-187.

⁵ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 12-13.

⁶ GOMES, Orlando. **Curso de direito civil**. Volume 1: introdução ao direito civil, 5.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 135-138.

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**, 33.^a edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 82.

⁸ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**, volume 5: direito das coisas, 22.^a edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 74.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, volume IV, 2.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 72.

¹⁰ *Idem*, p. 73.

¹¹ *Idem, ibidem*.

¹² *Idem*, p. 75.

¹³ *Idem*, pp. 75-76.

¹⁴ *Idem*, p. 67.

¹⁵ JOSSERAND, Louis. **Del abuso de los derechos y otros ensayos**. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S. A., 1999, p. 4.

¹⁶ *Idem*, p. 5.

¹⁷ *Idem*, pp. 7-8.

¹⁸ *Idem*, p. 8.

¹⁹ *Idem*, pp. 8-9.

²⁰ MEDINA LEMUR, Manuel. Urbanismo y derecho civil. **Revista del Colegio de los Abogados de Puerto Rico**, vol. 59, julio-septiembre 1998, San Juan, p. 12.

²¹ LIRA, Ricardo Pereira. A aplicação do direito e a lei injusta. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 5, Rio de Janeiro, 1997, pp. 96-97.

²² No mesmo sentido, ensina Franz Wieacker: “O *pathos* da sociedade de hoje, comprovado em geral por uma análise mais detida das tendências dominantes da legislação e da aplicação do direito, é o da *solidariedade*: ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social (e mesmo cada vez mais pelo bem-estar) de cada um dos outros membros da sociedade” (**História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s. d., p. 718).

²³ MORAES, Maria Celina Bodin. Constituição e direito civil: tendências. **Direito, Estado e Sociedade. Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio**, n.º 15, Rio de Janeiro, 2000, p. 104.

²⁴ Já na década de 1940, San Tiago Dantas expunha entendimento semelhante: “O direito do homem só nasce depois que nasceu o direito da sociedade e isto quer dizer que só nasce no homem um título jurídico, uma faculdade de exigir alguma coisa depois que a sociedade, por meio de uma norma, declarou aos homens o que eles devem fazer [...]. E aí, sim, pode-se ter, do direito subjetivo, uma noção clara e praticamente utilizável e poderemos, então, saber quando há direitos subjetivos e quando não os há, bem como saber quais são as características do instituto e de que modo ele funciona na vida do direito, mas partindo sempre da idéia de que o *prius* na ordem jurídica é a norma e que o direito subjetivo é um *posterius*, uma emanção dela” (**Programa de direito civil. Parte geral**. Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942-1945). Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 159).

²⁵ MORAES, Maria Celina Bodin, ob. cit., p. 104.

²⁶ *Idem*, p. 106.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Temas de direito civil**, 2.ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11.

²⁸ *Idem, ibidem*, p. 278.

²⁹ *Idem, ibidem*.

³⁰ *Idem*, pp. 278-279.

³¹ MOTA, Maurício Jorge. **Responsabilidade civil do Estado legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, pp. 212-213.

³² TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. **Temas de direito civil**, ob. cit., pp. 281-282.

³³ WIEACKER, Franz, ob. cit., p. 720.

³⁴ O autor destas linhas refere-se à obra *Princípios metafísicos da doutrina do direito* do filósofo alemão.

³⁵ BRITO, Alejandro Guzmán. “Presentación” a VILLEY, Michel. **Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo**. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, p. 13.

³⁶ MORAES, Renato José de. **Cláusula rebus sic stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 38.

³⁷ MONTEIRO, Washington de Barros, ob. cit., p. 85.

³⁸ RODRIGUES, Sílvio, ob. cit., p. 74.

³⁹ *Idem*, pp. 77-78.

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva, ob. cit., p. 72 (acrescentou-se a primeira ênfase).

⁴¹ CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**, 5.ª edição, revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 229.

⁴² Eis a dicção do célebre artigo: “La propriété est le droit de jouir et de disposer des biens de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements” (A propriedade é o direito de gozar e de dispor dos bens da maneira mais absoluta, contanto que não se faça deles uso proibido pelas leis e pelos costumes).

⁴³ ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code civil français**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, p. 179.

⁴⁴ *Idem*, pp. 180-181. Arnaud procedeu à leitura da lei 21 e concluiu: “Ora! O enunciado não é de forma alguma aquele proposto por Maleville. Apenas uma expressão fala de propriedade, e até para admitir pelo menos isso é necessária alguma benevolência de nossos espíritos cartesianos: ‘*Suae quisque rei moderator atque arbiter...*’, diz o texto; e podemos traduzir: ‘cada um governa e decide soberanamente sobre seu bem’. Mas ali não há nada da definição, depois célebre, do art. 544” (*Idem*, p. 181).

⁴⁵ *Idem*, pp. 186-187.

⁴⁶ VILLEY, Michel. El derecho del individuo en Hobbes. **Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo**, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 195-196.

⁴⁷ RODOTÀ, Stefano. **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata, seconda edizione. Bologna: Il Mulino, *apud* MEDINA LEMUR, Manuel, ob. cit., p. 16.

⁴⁸ Sobre isto, *vide*, por exemplo, BONALDO, Frederico. **Consistência teórica do direito subjetivo de propriedade**: uma leitura à luz da história do pensamento jurídico. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, especialmente pp. 107-135.

⁴⁹ VILLEY, Michel. El derecho subjetivo en Guillermo de Occam. *Estudios...*, ob. cit., p. 155.

⁵⁰ Cf. YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier. **Fundamentos de antropología**: un ideal de la excelencia humana, cuarta edición. Pamplona: EUNSA, 1999, p. 194.

⁵¹ VILLEY, Michel. El derecho subjetivo en Guillermo de Occam, ob. cit., p. 156.

⁵² *Idem, ibidem*.

⁵³ YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier, ob. cit., p. 192.

⁵⁴ Cf. WIEACKER, Franz, ob. cit., p. 528.

⁵⁵ VILLEY, Michel. El derecho subjetivo en Guillermo de Occam, ob. cit., p. 154.

⁵⁶ *Idem, ibidem*, nota 7, *in fine*.

⁵⁷ Cf. *idem*, p. 158.

⁵⁸ WIEACKER, Franz, ob. cit., pp. 721-722.

⁵⁹ D’AGOSTINO, Francesco. Lo Stato di diritto: dimensioni e problemi. **Filosofia del diritto**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000, p. 181.

⁶⁰ Entenda-se por clássica a reflexão sobre o homem efetuada principalmente na Antiguidade e na Idade Média, e que tem representantes até os dias atuais.

⁶¹ A antropologia moderna lança as suas raízes no nominalismo de Guilherme de Ockham (séc. XIV) e consolida-se por meio de grandes nomes do pensamento humano como Descartes (séc. XVII) e Kant (séc. XVIII).

⁶² VILLEY, Michel. El derecho del individuo en Hobbes, ob. cit., p. 222.

⁶³ PIÁ-TARAZONA, Salvador. **El hombre como ser dual**: estudio de las dualidades radicales según la *Antropología transcendental* de Leonardo Polo. Pamplona: EUNSA, 2001, pp. 124-125.

⁶⁴ *Idem*, p. 213.

⁶⁵ POLO, Leonardo. **Presente y futuro del hombre**. Madrid: Rialp, 1993, p. 169.

⁶⁶ YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier, ob. cit., p. 181.

⁶⁷ D’AGOSTINO, Francesco, ob. cit., p. 181.

⁶⁸ *Idem, ibidem*.

⁶⁹ Cf. WIEACKER, Franz, ob. cit., p. 722.

⁷⁰ *Idem, ibidem*.

⁷¹ POLO, Leonardo, ob. cit., p. 38.

Referências bibliográficas

- ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code civil français**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969.
- BONALDO, Frederico. **Consistência teórica do direito subjetivo de propriedade**: uma leitura à luz da história do pensamento jurídico. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.
- CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**, 5.^a edição, revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- D'AGOSTINO, Francesco. Lo Stato di diritto: dimensioni e problemi. **Filosofia del diritto**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000, pp. 170-192.
- GOMES, Orlando. **Curso de direito civil**. Volume 1: introdução ao direito civil, 5.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- GROPPALI, Alessandro. **Introdução ao estudo do direito**, 2.^a edição. Tradução de Manuel Alarcão. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- JOSSERAND, Louis. **Del abuso de los derechos y otros ensayos**. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S. A., 1999.
- LIRA, Ricardo Pereira. A aplicação do direito e a lei injusta. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 5, pp. 94-111, 1997.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Elementos de teoria geral do direito**. Belo Horizonte: Editora Vega S. A., 1976.
- MEDINA LEMUR, Manuel. Urbanismo y derecho civil. **Revista del Colegio de los Abogados de Puerto Rico**, San Juan de Puerto Rico, vol. 59, pp. 9-22, julio/septiembre 1998.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das coisas, 33.^a edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Direito, Estado e Sociedade**. **Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio**, Rio de Janeiro, n. 15, pp. 98-116, 2000.
- MORAES, Renato José de. **Cláusula rebus sic stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MOTA, Maurício Jorge. **Responsabilidade civil do Estado legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, volume IV, 2.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PIÁ-TARAZONA, Salvador. **El hombre como ser dual**: Estudio de las dualidades radicales según la *Antropología trascendental* de Leonardo Polo. Pamplona: EUNSA, 2001.

POLO, Leonardo. **Presente y futuro del hombre**. Madrid: Rialp, 1993.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**, volume 5: direito das coisas, 22.^a edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995.

SAN TIAGO DANTAS. **Programa de direito civil**: parte geral. Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942-1945). Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. **Temas de direito civil**, 2.^a edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 271-290.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Temas de direito civil**, 2.^a edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 6-22.

VILLEY, Michel. El derecho del individuo en Hobbes. **Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo**. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 83-104.

_____. El derecho subjetivo en Guillermo de Occam. **Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo**. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 106-125.

YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier. **Fundamentos de antropología**: un ideal de la excelencia humana, cuarta edición. Pamplona: EUNSA, 1999.